

VU Research Portal

On the Legality and Morality of Rejection Procedures at the Border: The treatment of Asylum Seekers on the Israeli Egyptian Border (in Hebrew)

Spijkerboer, T.P.; Kritzman-Amir, T.

published in

Where Levinsky Meets Asmara: Social and Legal Aspects of Israeli Asylum Policy
2015

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Spijkerboer, T. P., & Kritzman-Amir, T. (2015). On the Legality and Morality of Rejection Procedures at the Border: The treatment of Asylum Seekers on the Israeli Egyptian Border (in Hebrew). In T. Kritzman-Amir (Ed.), *Where Levinsky Meets Asmara: Social and Legal Aspects of Israeli Asylum Policy* (pp. 111-146). Van Leer Jerusalem Institute.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

שער שני

הדרה מבחון, הדרה מבפנים



על חוקיותם של נוהלי דחייה של מבקשי מקלט בגבולות ועל מוסריותם: הטיפול במבקשי המקלט בגבול ישראל-מצרים

טלי קריצמן-אמיר תומס ספייקרבוואר

במאמר זה אנו מבקשים לברר כיצד מדינת ישראל מתייחסת - וכיצד ראוי שתתייחס - למבקשי מקלט המבקשים להיכנס לתחומה ללא מסמכים מזהים. בשנים 2005-2013 עלתה מאוד הרלוונטיות של סוגיה זו לנוכח העלייה הדרמטית במספרם של מבקשי המקלט המנסים להיכנס לישראל דרך גבולה הדרומי, ובייחוד לנוכח הגדר הפיזית לאורך הגבול בין ישראל למצרים, שבנייתה כמעט הושלמה.¹ אמצעי נוסף שבעזרתו מבקשת מדינת ישראל להתמודד עם ריבוי מבקשי המקלט המתדפקים על שעריה מדרום הוא מדיניות של החזרת מבקשי מקלט למצרים, ובכך נדון בהרחבה בהמשך המאמר.² חשוב לציין כי בסוגיה זו מתחבטות גם מדינות רבות אחרות, שמצד אחד מחויבויות למשפט הבין-לאומי, לרבות התחייבות לאמנה בדבר מעמד של פליטים מ-1951,³ ומצד אחר מבקשות לשמר את ריבונותן על גבולן.⁴

* ד"ר טלי קריצמן-אמיר היא עמיתת פוסט-דוקטורט מטעם קרן פולונסקי במכון ון ליר בירושלים ומנהלת קבוצת המחקר על פליטים בישראל במכון, ומרצה למשפט בין-לאומי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ברמת גן. תומס ספייקרבוואר (Thomas Spijkerboer) הוא פרופסור לדיני הגירה מהאוניברסיטה הפתוחה של אמסטרדם. מחקר זה נעשה בסיוע מכון ון ליר בירושלים. אנו מבקשים להודות למשתתפי קבוצת המחקר על פליטים בישראל במכון ון ליר בירושלים על הערותיהם המאירות לגרסה מוקדמת של מאמר זה ולוויני נגאנתר על עזרתה בעריכת הטקסט. המאמר תורגם בידי זהר כוכבי.

1. אמיר בוחבוט, "פרסום ראשון: הושלמה בניית הגדר בגבול עם מצרים", וואלה חדשות, 31.12.2012, <http://news.walla.co.il/?w=/551/2602184>, (אוחזר ב-26.2.14).

2. כיוון שבזמן כתיבת המאמר רק הוחל בבנייתה של הגדר נתמקד במאמר זה במדיניות ההחזרה. עם זאת, את רוב הטיעונים המשפטיים והמוסריים שנציג אפשר להחיל גם על סוגיית הקמת הגדר. ראו חלק 3 להלן.

3. ראו האמנה בדבר מעמדם של פליטים שנכנסה לתוקף ביום 22 באפריל 1954 (להלן "אמנת הפליטים"), כך 189, עמ' 150. האמנה מצורפת כנספח א לקובץ זה.

4. כך למשל במקרה של תוכניתה של אוסטרליה להעביר מבקשי מקלט למלזיה ובתמורה לקחת ממלזיה פליטים מוכרים. ראו *Plaintiff M70/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship*, *Plaintiff M106 of 2011 v. Minister for Immigration and Citizenship* [2011] HCA 32 (August 31, 2011), <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2011/32.html> (אוחזר ב-26.2.14). כך גם בנוגע להחלטת הוועדה האינטר-אמריקנית לזכויות אדם אשר בחנה את

אפשר להדגים את הסוגיה באמצעות מקרה שקרה בגבול בין ישראל למצרים. בלילה שבין 18 ל-19 באוגוסט 2007 החזירה ישראל למצרים קבוצה של 48 בני אדם שיום קודם לכן חצו את הגבול ממצרים ללא מסמכים מזהים. הקבוצה הייתה אחת מני רבות שצעדו בנתיב העמוס דרך מדבר סיני, כשהיא מובלת בידי מברייחים, וחצתה את הגבול בין מצרים לישראל. נתיב זה משמש לא רק מבקשי מקלט אלא גם מברייחי קורבנות סחר בבני אדם, מברייחי סמים, נשק, מהגרי עבודה ואחרים. במקרה הנדון כללה הקבוצה משפחות עם ילדים, ויותר מארבע מאנשים היו סודנים.⁵ אין לדעת אם אנשים אלו היו פונים בבקשה לקבל מקלט אילו ניתנה להם ההזדמנות לעשות זאת, אך מאחר שכל הסודנים שנכנסו עד היום לישראל שאפו לקבל בה מקלט, יש יסוד סביר להניח כי זו הייתה גם שאיפתם של חברי הקבוצה הזאת. לצורך דיון זה נשתמש במונח "מבקשי מקלט" משום שבעינינו, בהיעדר ראיה ברורה לסתור, יש להניח שאנשים אלה היו פונים לבקש מקלט אילו התאפשר להם לעשות זאת.⁶ אנשים אלה הוחזרו למצרים ללא הזדמנות לערער על החזרתם. נוסף על כך, כשהותם הקצרה בישראל לא הייתה להם גישה להליך של קבלת

ההסכם בין קנדה לארצות הברית המאפשר להן להחזיר מבקשי מקלט למדינה הראשונה שהיו בה מבין השתיים, כדי למצות בה את זכותם לקבל מקלט. לפי החלטת זו, ההחזרות שבוצעו בהתאם להסכם זה הן בבחינת הפרת הצהרתה של ארצות הברית על זכויות אדם. ראו, The Inter-American Commission on Human Rights, Report No 24/11 Case 12.586 *John Doe et al. v. Canada* (Approved by the Commission at its session No 1862, held March 23, 2011), וכן ראו *Her Majesty the Queen v. Canadian Council for Refugees et al.*, 2008 FCA 229. דברים אלו נכונים גם למקרה של איטליה, אשר לכדה מבקשי מקלט בלב ים והעבירה אותם ללוב בהתאם להסכם בין שתי המדינות. ראו *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Appl. No. 27765/09, ECtHR 23 February 2012, <http://tinyurl.com/nprq5oa> (אוחזר ב-26.2.14).

5. משרד החוץ של ישראל, "Sudan - Behind the Headlines: Israel and the Darfur Refugees," August 23, 2007, <http://tinyurl.com/poan97a> (אוחזר ב-26.2.14). שלושה מבקשי מקלט איריאנים שהתנגדו להחזרה הורשו לבסוף להישאר בישראל. בעניין זה הגיב פרקליט מטעם המדינה, עו"ד גלעד שירמן, לעו"ד יונתן ברמן, שהיה אחד המייצגים בעתירה, במסמך שכותרתו "היחס כלפי מסתננים דרך הגבול המצרי בהתייחס לבג"ץ 7964/05", 26 באוגוסט 2007 (עותק מצוי בידי המחברים).
6. במאמר זה נשתמש במונחים "מבקשי מקלט" ו"פליטים" לסירוגין, ובהמשך (בחלק ב) נדון ביתר פירוט בהבחנה בין השניים. כיוון שהדין הבין-לאומי ממעט לראות במבקשי מקלט קטגוריה משפטית בפני עצמה, רוב הדינים שנתייחס אליהם הם דינים הנוגעים לפליטים או למי שמצויים בשליטתה האפקטיבית של המדינה. מידע סטטיסטי כללי על פליטים ועל אנשים במצבים הקרובים לפליטות נמסר בדוא"ל ממייקל אלפורד לעורכת הדין ענת בן-דוד ב-14.1.2009 (עותק מצוי בידי המחברים). יש לציין כי נתינים סודנים מקבלים בישראל הגנה על בסיס קבוצתי, כלומר הם אינם צריכים להוכיח שנשקפת סכנה לחייהם.

מקלט, לבתי משפט או לבתי דין, לארגוני זכויות אדם או לנציבות האו"ם לפליטים (UNHCR). לאחר החזרתם למצרים לא הצליחו גורמים ישראלים רשמיים, וגם לא נציבות האו"ם לפליטים, לברר את מקום הימצאם במצרים, ולפי כמה דיווחים הוחזקו רובם במעצר ואחרים מהם גורשו בכפייה לסודן.⁷

החזרה זו של מבקשי מקלט בפוטנציה לא הייתה הראשונה⁸ אך הייתה ראויה לציון בשל מספר האנשים שהוחזרו בה, והביאה כמה ארגוני זכויות אדם לעתור לבג"ץ בנדרון.⁹ העתירה התמקדה במדיניות שמכוחה התבצעה ההחזרה – כלומר בנוהל "החזרה חמה", או כפי שממשלת ישראל מכנה אותו, "החזרה מתואמת מידית".¹⁰ בית המשפט דחה את העתירה בטענה שהיא תיאורטית, שכן במועד מתן פסק הדין לא בוצעו בפועל החזרות חמות, ולא קבע כללים ברורים לאופן שבו יוכלו להתבצע החזרות כאלה בעתיד. אנו מבקשים להראות כי בזמן כתיבת המאמר היו עדויות – אם כי ספורות – לכך שישאל מבצעת פעולות דומות במהותן לפעולת ההחזרה החמה, גם אם הן אינן מוצהרות ומוסדרות כבעבר.

במאמר זה נבחן את התייחסותה של ישראל למבקשי מקלט באזור הגבול עם מצרים, המתבטאת כיום במדיניות ההחזרה החמה ובהליכים הכרוכים בה. לבחינה זו עשויה להיות רלוונטיות רבה למדיניותה של ישראל, למשל בגדר הפיזית לאורך הגבול עם מצרים. בחלקו הראשון של המאמר נעסוק בכלליות בשאלה אם למדינות יש חובה מוסרית כלפי מבקשי מקלט המעוניינים להיכנס לתחומן. לדעתנו יש להן חובה כזאת, ונברר מניין היא נובעת. נטען כי מחובה זו נגזרת חובה מוסרית להחלתו של הליך הוגן בגבול. בחלקו השני של המאמר נפנה לדיון משפטי המבקש להסביר את הנורמות המשפטיות המטילות את החובה הזאת, כחובה משפטית, על

7. Human Rights Watch, "Egypt: Investigate Forcible Return of Refugees to Sudan," May 30, 2008, <http://tingur.com/322cxzd> (אוחזר ב-20.6.13).

8. דיווחים אחדים בתקשורת מצביעים על כך שבשלושה מקרים לפחות בין שנת 2004 לאוגוסט 2007 הוחזרו מבקשי מקלט שנכנסו לישראל דרך הגבול עם מצרים ודרך הגבול עם סוריה למדינות אלה. לפי דיווחים שהתקבלו מארגוני זכויות אדם וכן מדיווחים בתקשורת ביצעה ישראל "החזרות חמות", כמה מהן למשל באפריל 2007. ראו את העתירה המקורית לבג"ץ: בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים, 28.8.2008, פסקאות 22-29 וכן 49-81 (עותק מצוי בידי המחברים).

9. בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים (לעיל הערה 8).

10. בנציבות האו"ם לפליטים ובארגוני זכויות אדם משתמשים בביטוי "החזרה חמה", אך כאמור, ממשלת ישראל מעדיפה לכנות זאת "החזרה מתואמת מידית". במאמר בחרנו להשתמש במונח "החזרה חמה", אם כי בחירה זו נעשתה מטעמי נוחות ואין היא משקפת נטייה אפריורית לצד זה או אחר. בעת ביצוע ההחזרות לא פורסמו פרטים על נוהל ההחזרה החמה ולכן תוכנו אינו ברור. ההסדר מבוסס על החלטת ממשלה מיום 1 במרץ 2006 (לפי הפרוטוקול של ישיבת הממשלה שפורסם ביום 16 במרץ 2006, עמ' 2, פסקה 3. עותק מצוי בידי המחברים).

מדינות ביחסן למבקשי מקלט בגבולן. נטען כי העיקרון של אי־דחייה בגבול נגזר מהאיסור על גירוש או החזרה (non-refoulement) וכי במקרים מסוימים עיקרון זה חל גם על החזרה למדינת צד שלישי. עוד נטען כי דחייה בגבול מותרת רק אם הבקשה נברקה מהותית ואם האדם קיבל הזדמנות לערער על החלטת הדחייה. הניתוח המשפטי במאמר זה מבוסס על נורמות של המשפט הבין־לאומי (ובייחוד נורמות של זכויות אדם). נתמקד באמנה האירופית לזכויות אדם (ECHR), אך לא משום שהיא רלוונטית לנושא יותר מתחומים אחרים של משפט בין־לאומי אלא משום שפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם היא המפותחת ביותר בתחום זה. בחלקו השלישי של המאמר נתאר בפירוט את מדיניות ההחזרה החמה ואת ההליכים הדקדקניים שפותחו כחלק ממנה, ונבקש להעריך את ההליך בישראל בהתאם למסקנותינו מחלקיו הראשונים של המאמר. בחלק זה גם נתאר את אופן התמודדותו של בית המשפט העליון בישראל עם מדיניות ההחזרה החמה. לבסוף, בחלקו האחרון של המאמר, נציע כמה הליכים הוגנים שיש להחילם בגבול אגב התחשבות בשיקולים המוסריים והמשפטיים שהעלינו.

א. אי־דחייה בגבול: ההיבט המוסרי

את מדיניות ההחזרה החמה יש לבחון על פי שני מדדים – המוסרי והמשפטי. בחלק זה נתמקד בשאלה המוסרית הכללית יותר: האם הוגן הדבר שמדינה – במקרה זה מדינת ישראל – דוחה מבקשי מקלט בגבול? או במילים אחרות, האם חלה על מדינות חובה מוסרית כלפי פליטים המבקשים להיכנס לתחומן? שאלה זו אפשר לחלק לשני חלקים: ראשית, האם חלה על מדינות חובה מוסרית לטפל במבקשי מקלט והאם הן צריכות להיות אחראיות להם לפני כניסתם לתחומן (או לשטח שבשליטתן), ובזמן שהם עדיין נמצאים בגבול? תשובה שלילית לשאלות אלו משמעה שמדינות אינן מחויבות להימנע מדחייה של מבקשי מקלט בגבולן; תשובה חיובית משמעה שלמדינות יש מחויבות משפטית ומחויבות מוסרית כלפי פליטים – מחויבות שראשיתה בגבול, ואולי אפילו קצת לפניו. בהקשר זה חשוב לציין כי בעשורים האחרונים אנו עדים לכך שמדינות דוחקות ומגמישות את רעיון הגבול, עד שלעתים קרובות מבחינה מעשית הגבול אינו נמצא בדיוק בקו המציין את קצה שטחה של מדינה אחת ואת תחילת שטחה של מדינה אחרת. כך נוצרים מושגים משתנים של גבולות, ואתרים שאינם ממוקמים על הגבול המדיני נעשים חשובים לצורך הדירה או הכלה של מהגרים ופליטים.¹¹ שנית, האם המחויבויות

11. מדינות מכילות ומדירות מבקשי מקלט ופליטים בין השאר באמצעות שימוש בגורמים פרטיים, באמצעות מניעת כניסה ממבקשי מקלט ופליטים עוד בהיותם בדרכם אליהן או אף במדינות המוצא, וכולי. לעניין זה ראו למשל Tally Kritzman-

הללו כוללות את החובה לנקוט הליכים הוגנים כדי לקבוע אם האדם בגבול הוא אכן מבקש מקלט?

אנו סבורים כי התשובה לשאלה השנייה תלויה בתשובה לשאלה הראשונה. אם לגישתנו מחובתן של מדינות להימנע מלדחות פליטים בגבול, אזי עלינו גם להסכים שיש לבצע חובה זו באופן הוגן, לא מפלה לרעה ולא שרירותי.¹² מסקנה זו נובעת מהתפיסה שעל המדינה למלא את כל חובותיה בהתאם לנורמות הבסיסיות הללו. נמשיך אפוא למקד את הדיון בשאלה הראשונה. גם אם נסכים שמותר למדינות לדחות מבקשי מקלט בגבול, אין זה סותר את הטענה שעליה להחיל הליכים הוגנים במקרים של אותם מבקשי מקלט שהיא נמנעת מלדחות.

על פי התפיסה הקלאסית, למדינה יש חובה כלפי מי שמצוי בשטח שליטתה האפקטיבית, ומי שנמצא מעבר לגבולותיה אינו יכול לטעון כי היא חבה כלפיו. הטענה שעל מדינות חלה חובה כלפי אנשים בגבולן משקפת גם את התפיסה שהטריטוריאליזם, לפחות במובנה הצר – כלומר טריטוריה תחומה בגבולות, ממלאת תפקיד חשוב בשאלה אם למדינה יש חובה כלפי אדם מסוים או אם לאדם יש זכות מול מדינה (אף שהמשמעות הטריטוריאלית של הימצאות בנקודת הגבול היא כשלעצמה מורכבת ומצויה בתחום האפור). התפיסה הקלאסית אף גורסת כי מתוך החובה לכבד את ריבונותה של המדינה האחרת חובת המדינה מסתיימת לה בנקודת הגבול. תפיסה זו אותגרה באופן משמעותי כבר במאה שעברה, במצבים שבהם מדינה אינה מגנה על זכויות האדם של פרטים, אשר נתפסו כמצדיקים לעתים גריעה מן הריבונות לטובת הגנה על אותם אנשים. ואולם השאלה אם למדינה יש חובה כלפי אנשים בגבולה מאתגרת במיוחד כאשר מביאים בחשבון את העובדה שמערכת היחסים של מדינות עם אנשים אלה למעשה נכפתה על המדינות, והן לא קיבלו עליהן חובה זו באופן וולונטרי ומפורש.¹³ לכן הטענה שעל מדינות חלה חובה מיוחדת כלפי מבקשי מקלט בגבולן מרחיקה אותנו מתפיסה וולונטריסטית של חובות המדינה.

לנוכח הנסיבות המשתנות בעולמנו, ובכללן גלובליזציה הולכת וגוברת וחצייה שיטתית ואינטנסיבית של אנשים את הגבול, אנו מבקשים להציע תפיסה חלופית, המציבה בסיסים אחרים, מלבד הטריטוריאליות, שהחובה של המדינה נשענת עליהם. לחובתה של מדינה כלפי מבקשי מקלט בגבולה יש כמה מקורות; נעסוק

Amir, "Privatization and Delegation of State Authority in Asylum Systems," *Law and Ethics of Human Rights* 5, 1 (2011), pp. 192-215, <http://www.clb.ac.il/uploads/Kritzman-Amir.pdf> (אוחזר ב-23.6.13).

12. זו אינה רק מסקנה מוסרית; היא גם נגזרת מעקרונות המשפט המינהלי ומן הצדק הטבעי.

ראו לדוגמה William Wade and Christopher Forsyth, *Administrative Law*, 7th Edition, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 463 ff.

13. Samuel Scheffler, "Relationships and Responsibilities," *Philosophy and Public Affairs* 26, 3 (1997), p. 191

כעת בשלושה מהם, שהם משכנעים במיוחד בעינינו (גם אם אינם חפים מבעיות). יש לראות במקורות החובה הללו מקורות חלופיים.

1. חובת האי-דחייה בגבול כנגזרת מהזכות למקלט

ראשית נבחן את הטענה שחובת האי-דחייה נובעת מהזכות לבקשת מקלט. בבסיס הטענה הזאת עומדת ההנחה כי לבני אדם יש זכות להימלט מפני רדיפה ועינויים. איננו מעוניינים להתמקד בהצדקתה של הנחה זו, רק נציין שהיא מבוססת על התפיסה המוסרית המקובלת שלפיה בני אדם אינם אמורים להיות נתונים לאכזריות. לכן, אם בני אדם חשופים בארצם לדפוסים קשים של אכזריות שאין בכוחם להביא לקצה, מוכרחה לעמוד להם הזכות להימלט מאכזריות זו.¹⁴ טענתנו היא שאם לאנשים עומדת הזכות לבקש מקלט והגנה מפני עינויים, אזי על מדינות חלה החובה להימנע מלהפקיר אנשים בידי משטרים המסכנים את חייהם ואת חירותם או שיהיו חשופים בהם לעינויים. אם כל המדינות שהאנשים האלה יפנו אליהן יסגרו את גבולן הרמטית או ידחו אותם בגבול, יאבדו הזכות והחובה האלה את משמעותן. טענתנו נשענת על פרשנות תכליתית של הזכות לבקשת מקלט ולהגנה מפני עינויים. נוסף על כך, לנוכח תכליתן של זכויות אלה אנו מניחים כי ההבחנה בין אנשים הנכנסים לשטחה של המדינה (כגון מבקשי מקלט בפוטנציה החשופים להחזרות חמות) ובין אנשים העומדים להיכנס לשטחה (כגון מבקשי מקלט בפוטנציה המגיעים לגבול מאז הושלמה הקמת הגדר בין ישראל למצרים) היא הבחנה משנית בלבד.¹⁵

עם זאת, יש לציין כי אף שבמצבים מסוימים הזכות לבקשת מקלט מחילה על מדינות את החובה למנוע גירוש או החזרה ולהימנע מהם, חובה זו אינה מוטלת על שום מדינה באופן ספציפי; במילים אחרות, אף שמימושה של הזכות להגנה מפני גירוש או החזרה תלוי בכך שמדינות יגנו על האדם, בפועל זכות זו אינה מחייבת שום מדינה באופן ספציפי לשתף פעולה. כדי שנוכל לטעון כי מדובר בזכות מול מדינה ספציפית, עלינו להקצות את האחריות על פי קריטריונים מוסריים.¹⁶ בפועל,

14. יש איז-ספור הצדקות לערכו המוסרי של מקלט מדיני. ראו למשל W. Gunther

Plaut, *Asylum: A Moral Dilemma*, Westport, Conn.: Praeger, 1995

15. Christian Tomuschat, "A Right to Asylum in Europe," *Human Rights Law Journal* 13, 7-8 (1992), p. 259

16. דיון מקיף בהיבט המוסרי של חובת המדינות להימנע מדחייה בגבול צריך אפוא לכלול דיון בהיבט המוסרי של האופנים השונים שבהם מדינות העולם חולקות ביניהן את האחריות לפליטים, אך היבט זה של הדיון חורג מגדרי מאמר זה. בהקשרים אחרים עלו הטענות להטיל חובה ראשונית על המדינה שאליה הפליטים מגיעים ולאחר מכן לחלק ביניהן בדרך כלשהי את האחריות של הדאגה לזכויותיהם. ראו לדוגמה Tally Kritzman-Amir, "Not in My Back Yard: On the Morality of Responsibility Sharing in International Law," *Brooklyn Journal*

בלי להתחשב בשיקולים מוסריים, על פי רוב החובה האוסרת גירוש או החזרה מוטלת על מדינות שיש ביכולתן לסייע לפליטים – כלומר מדינות שנמצאות במגע ישיר עם הפליטים או כאלה שנמצאות בעמדה הטובה ביותר לסייע להם (בדרך כלל מדובר במדינות שהפליטים נמצאים באותו זמן בשטחן, או במדינות שכנות). אנו מניחים כמובן מאליו כי למדינה שמבקשי מקלט מסוגלים להגיע אליה יש חובה ראשונית גדולה יותר כלפיהם, שכן במדינה הזאת הם יכולים, לכאורה לפחות, לממש באופן מיידי את זכותם לבקשת מקלט (גם אם בסופו של דבר אפשר למצוא הצדקה מוסרית לדרישה של אותה המדינה שהפליטים יעברו למדינה אחרת, משיקולים של חלוקת אחריות בין מדינות העולם). אם זרם הפליטים מעמיס על מדינה מסוימת נטל כבד וחסר פרופורציה, אפשר לפתור זאת באמצעות מנגנונים לחלוקת נטל האחריות.¹⁷

הזכות לבקשת מקלט מצריכה שיתוף פעולה מצד מדינה שמוכנה לקלוט פליטים. אפשר לטעון טענה דומה על אודות ההקצאה הבלתי הספציפית של החובה בנוגע לזכויות אחרות שמימושן מצריך שיתוף פעולה של צד נוסף. לדוגמה, אי-אפשר לטעון שאדם מסוים אינו נהנה מהזכות להינשא רק משום שהאישה שהוא רוצה אינה מעוניינת להינשא לו. ואולם אף שאדם אינו יכול לטעון כי זכותו להינשא נגזלת ממנו מפני ששום אישה אינה מסכימה להינשא לו, טענתנו היא שאדם שכל המדינות דוחות אותו בגבול יכול לטעון כי זכותו למקלט ולהגנה מפני עינויים אינה מתממשת.¹⁸ הבדל זה מבוסס על טבען השונה של הזכויות הללו. הזכות להינשא היא זכות יחסית, והיא מותנית בזכותם של אחרים לסרב להינשא, תהא הסיבה לכך אשר תהא. לעומת זאת, הזכות למקלט אינה מוגבלת באותו האופן, ואינה מותנית בזכותן של מדינות למנוע מאנשים באופן שרירותי את האפשרות לבקש מקלט. ויית באדר טוען כי הסיבה לכך היא ש"ההכרה בזכות לפליטות ולמקלט מניחה שריבונותה של מדינה והגדרתה העצמית חייבות לסגת במקרים של 'פחד מבוסס מפני רדיפה', או במילים אחרות, שהזכות הבסיסית לביטחון, או הצורך הבסיסי בביטחון, חזקים דיים לעלות בחשיבותם על זכויות אחרות וטעוניהם

of International Law 34 (2009), p. 355-393; Astri Suhrke, "Burden-Sharing During Refugee Emergencies: The Logic of Collective Versus National Action," *Journal of Refugee Studies* 11, 4 (1998), pp. 396-415; Peter Schuck, "Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal," *Yale Journal of International Law* 22, 2 (1997), pp. 243-298; Gregor Noll, "Risky Games? A Theoretical Approach to Burden Sharing in the Asylum Field," *Journal of Refugee Studies* 16, 3 (2003), pp. 236-252.

17. קריצמן-אמיר (לעיל הערה 16).
18. Seyla Benhabib, *The Right of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 35-36.

אתיים-פוליטיים, שקולים וריאליסטיים.¹⁹ לסיכום, לפי טענה זו, חובת האי-דחייה בגבול מתיישבת עם הזכות לבקש מקלט ונגזרת ממנה. זכות זו לא תוכל להתממש אם יידחו מבקשי המקלט בגבול. בהקשר הישראלי, היגיון זה חל על כל איש ואישה שאינם מסוגלים לממש את זכותם לבקש מקלט במצרים.

2. חובת האי-דחייה בגבול והאופן שמדינות צריכות להפעיל את כוחן הכופה שנית, החובה להימנע מדחייה בגבול קשורה ישירות לעובדה שמדינות מפעילות בגבולן את כוחן הכופה. זוהי עמדתו של מייקל וולצר, המתייחדת בכך שהיא מבוססת על גישתו הקהילתנית. בדיון הקצר שלו בנושא הפליטים עוסק וולצר במובלע בחובה של אי-דחייה בגבול ומצביע על הדילמה הזאת: האם יש להגביל את היקף ההגנה לפליטים לאלה שנוכחים בגבול פיזית, ולא להגן על אנשים בארצות מוצאם או במקומות אחרים, שגם הם עשויים להזדקק להגנה? ובמילותיו שלו: "מדוע להבדיל את בני המזל או את האגרסיבים שאיכשהו הצליחו לפלס את דרכם לצדו השני של הגבול ולהעדיףם על פני השאר?"²⁰ וולצר מודה כי אין באמתחתו טענה מוסרית משכנעת המצדיקה הימנעות מהגנה על אנשים שעדיין נמצאים בארצות מוצאם, ועם זאת הוא מספק שני הסברים התומכים בחובה להבטיח הגנה לאנשים שכבר נמצאים בגבול: "אם נידרש להפעיל כוח נגד אנשים נואשים וחסרי ישע, ולמעט מקרים מיוחדים, מדובר במספר קטן של אנשים שאפשר לקלוט אותם בקלות".²¹ שני השיקולים הללו תקפים לרוב (אף שלא תמיד) גם במצבים של אי-דחייה בגבול. דחיית פליטים בגבול דורשת מהמדינה להפעיל את כוחה הכופה על אנשים נואשים וחסרי ישע, ומספר האנשים המגיעים לגבול כדי לבקש מקלט בדרך כלל קטן למדי. טענתו של וולצר בדבר חובתה של המדינה כלפי פליטים מבוססת אפוא לא על טריטוריאליזם אלא על כך שמדינה צריכה להפעיל את כוחה או את סמכותה (אפילו מחוץ לתחום שיפוט) באופן מכבד,²² כלומר בחמלה ובהתאם לאמות מידה מוסריות. יצוין כי לדעתנו יש לראות במדינה את מי שמפעילה כוח כופה כלפי פליטים כל עוד היא שקובעת את המדיניות הננקטת כלפיהם, וגם אם בפועל מבצעים אותה גורמים פרטיים שמינתה המדינה כדי לפקח על הגבלת ההגירה אליה.²³

19. Veit Bader, "The Ethics of Immigration," *Constellations* 12, 3 (2005), p. 340.

20. Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defence of Pluralism and Equality*, Oxford: Basil Blackwell, 1983, p. 51.

21. וולצר, שם.

22. אך יש לציין שהכוח או הסמכות הם הבסיס לכך, ולא עצם האינטראקציה עם מבקשי המקלט. ראו שפלר (לעיל הערה 13), עמ' 189.

23. לעניין זה ראו למשל Tally Kritzman-Amir, "Privatization and Delegation of State Authority in Asylum Systems," *Law and Ethics*

במובן מסוים בנחביב מסכימה עם מסקנה זו,²⁴ שכן היא מצביעה על כך שלמהגרים יש זכויות מסוימות ללא קשר למעמדם, ובאופן שרלוונטי יותר לדיון שלנו, ללא קשר למקומם. זכויות אלה נובעות מן הקשר שיש למהגרים עם המדינה ועם אנשיה (כלומר אלה הפועלים בשם המדינה, פעילי זכויות אדם ואחרים), והן כוללות את זכותם לערער על גירושם. אפשר להחיל את ההיגיון הזה גם בהקשר שלנו, כלומר בעניין הדחייה בגבול, שכן גם בנקודת הזמן שמבקש המקלט ניצב בגבול נוצרת אינטראקציה - חשובה מאוד גם אם קצרה - בינו ובין הרשויות. כמו וולצר, בנחביב מסיקה כי השימוש בכוח כלפי זרים צריך להתבצע באופן המכבד את הקשרים האלה ואת זכויותיהם של האנשים הללו. תוכנן המהותי של זכויות אלו - כלומר השאלות אילו מעשים ואילו נסיבות של דחייה בגבול יהיו בבחינת הפרה של זכויות פליטים - אינו נדון בהרחבה לא אצל וולצר ולא אצל בנחביב.²⁵

3. חובת האי-דחייה בגבול כנגזרת מכך שגבולות אינם בני הצדקה מוסרית הסבר אחרון לחובת האי-דחייה בגבול יכול להישען על הטענה כי מנקודת מבט קוסמופוליטית, גבולות בין מדינות אינם מוסריים. את שורשיה של השוויוניות הקוסמופוליטית אפשר לאתר בכתביו של ג'ון רולס, שטען כי מוסדות חברתיים המבוססים על צדק יכולים להתגבש באמצעות "המצב המקורי" - מצב היפותטי שהחלטות בו מאופיינות בכך שהן נעשות ב"הליך הוגן שלפיו כל עיקרון שהצדדים יסכימו עליו יהיה עיקרון של צדק".²⁶ לדברי רולס, על הצדדים במצב זה לקבל החלטה מאחורי "מסך של בערות", כלומר כשהם חסרי ידע בנוגע לתכונותיהם, אך משכילים ומודעים למאפייניה של החברה ושל התרבות, ולפיכך יודעים מספיק כדי להחליט איזו חלופה צודקת, אך אינם מוטים על ידי טובת עצמם. לדברי רולס, תנאים אלו יבטיחו החלטות המבוססות על צדק, שכן הם מנפים מתהליך קבלת ההחלטות את כל היסודות השרירותיים מבחינה מוסרית. רולס גם מפרט את עקרונות הצדק שיתקבלו בתהליך זה.²⁷

of Human Rights 5, 1 (2011), pp. 193-215, <http://www.clb.ac.il/uploads/Kritzman-Amir.pdf> (אוחזר ב-25.6.13).

24. בנחביב (לעיל הערה 18), עמ' 125-126.
25. בנחביב מציעה כאן מודל שבאמצעותו יוחלט אם מהגרים ייעשו חברי מדינה. מודל זה אפשר ליישם, בשינויים המתחייבים, לאי-דחייתם בגבול: "אם אתה ואני נפתח בדיאלוג מוסרי זה עם זה, ואני חברת המדינה שאליה אתה מבקש להשתייך, וכרגע אינך חבר בה, אזי עליי לספק לך טעמים מוצקים, טעמים שיהיו מוסכמים על שנינו במידה שווה, שיסבירו מדוע לעולם לא תוכל להצטרף לאיגוד שלנו ולהיות אחד מאתנו. הטעמים הללו חייבים להיות כאלה שאתה תקבלם אם תהיה במצבי ואני אקבלם אם אהיה במצבך [...] הם חייבים לחול עליך ועליי במידה שווה" (שם, עמ' 138).
26. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005 [1972], p. 136 ff.
27. כאשר הצדדים במצב המקורי בוחרים בין חלופות, בכפוף לאילוץ של מסך הבערות,

החלת רעיון הצדק של רולס במישור הגלובלי²⁸ יכולה לשמש בסיס לטענה שלמדינות יש חובה יסודית כלפי אנשים שאינם אזרחים שלהן בדיוק כפי שיש להן חובה שכזו כלפי אזרחיהן, משום שמבחינה מוסרית אזרחות היא תכונה שרירותית. פרדיגמה תיאורטית זו יכולה לשמש גם בסיס לטענה בעד גבולות פתוחים ושוויוניות קוסמופוליטית. כמה חוקרים הנשענים על תפיסות קוסמופוליטיות טוענים כי רולס טועה בראותו במדינה "ישות עצמאית".²⁹ מדינות מקיימות ביניהן קשרים חשובים, בעיקר קשרי כלכלה ומסחר. אם לא נראה במדינות "ישויות עצמאיות", ישנה הצדקה מסוימת להחלת הרעיון של מצב מקורי, אך בהקשר גלובלי (שחורג מהמצב המקורי של רולס). מכאן נגזרת הטענה כי לגבולות מדינתיים אין חשיבות מבחינה מוסרית כי כולם צריכים להיכלל במצב המקורי ההיפותטי – מאחורי מסך הבערות – וכי אזרחותם של בני האדם אינה רלוונטית בהקשר זה.³⁰

סביר שישתמשו ב"כלל המקסימין" לבחירה בתנאי אי-ודאות. במילים אחרות, הצדדים "יאמצו את החלופה שתוצאתה הגרועה ביותר עדיפה על תוצאותיהן הגרועות ביותר של החלופות האחרות" (שם, עמ' 152 ואילך). לדברי רולס, המצב המקורי אמור להוביל בהכרח לשני עקרונות צדק, המבקשים לעשות צדק עם המקופחים ביותר ולהבטיח שוויון הזדמנויות. בלשונו של רולס, על פי העיקרון הראשון, "לכל אדם יש זכות שווה לחירות הבסיסית הנרחבת ביותר המתיישבת עם חירות דומה לשאר בני האדם"; ועל פי העיקרון השני, "על חוסר שוויון חברתי וכלכלי לקיים שני תנאים: (א) עליו להיטיב, ככל הניתן, עם כלל האנשים; (וב) עליו להיות צמוד למשרות ולתפקידים הפתוחים לכול" (שם, עמ' 60 ואילך).

28. רולס (לעיל הערה 26), עמ' 457, הערה. יצוין כי רולס לא פיתח את רעיונותיו בכיוון זה ואף התנגד לכך, אך אחרים פיתחו אותם בעקבותיו; רולס עצמו ביקש להחיל את עקרונות הצדק רק במסגרת המדינתית, ונמנע מלהחילם במישור הגלובלי. לדעתו אין צורך לגשר על מצבי נחיתות ואי-שוויון שרירותיים אלא רק בהקשר של עם נתון. לדבריו, שני עקרונות הצדק תלויים בשיטה של שיתוף פעולה חברתי מתמשך. העקרונות חלים במקרה של "קהילה מדינתית עצמאית", כלומר בקהילות מדינתיות בעלות גבולות ברורים אשר ככלל עומדות ברשות עצמן. ראו לדוגמה Thomas Nagel, "The Problem of Global Justice," *Philosophy and Public Affairs* 33, 2 (2005), p. 113; Michael Blake, "Distributive Justice, State Coercion, and Autonomy," *Philosophy and Public Affairs* 30, 3 (2002), pp. 257–296; Stephen Macedo, "What Self-Governing Peoples Owe to One Another: Universalism, Diversity and The Law of Peoples," *Fordham Law Review* 72 (2004), pp. 1721–1738.

29. Thomas W. Pogge, "The Law of Peoples: The Incoherence Between Rawls's Theories of Justice," *Fordham Law Review* 72 (2004), p. 1744; Idem, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge and Malden, Mass.: Polity Press, 2002, pp. 108–109.

30. Simon Caney, "International Distributive Justice," *Political Studies* 49 (2001), pp. 975–976.

אם נקבל את ההנחה הקוסמופוליטית כי לגבולות אין חשיבות מוסרית, אנו מנועים מלייחס כל חשיבות למקום התרחשותה של הדחייה ועמדתנו צריכה להיות כי יש להגן על פליטים, אם חצו את הגבול ואם לאו.³¹ מסקנה זו נתמכת בידי התפיסה בדבר אופיין האוניברסלי של זכויות אדם – כלומר מדובר בזכויות שכל אדם זכאי להן,³² ומקבלת אישוש נוסף ממסורת משפט הטבע, שלפיה זכויות הן תוצר של הכרה בערכו הפנימי של האדם.³³

לסיכום חלק זה נציין כי אפשר להצדיק את הטענה שעל מדינות חלה חובה מוסרית לסייע לפליטים בגבולן בכמה אופנים: ראשית, חובה זו צמודה לזכות למקלט, ובלעדיה הזכות למקלט תתרוקן ממשמעותה; שנית, מדינות המגרשות מבקשי מקלט שהגיעו לגבולן מנצלות לרעה את כוחן הכופה; ושלישית, מחובתן של מדינות לסייע לפליטים בגבולן משום שגבול הוא יסוד שרירותי מבחינה מוסרית, ולכן הוא חסר משמעות בהקשר זה.

ב. אי־דחייה בגבול: ההיבט החוקי

עד כה הצגנו את הטענות המוסריים התומכים באי־דחייה בגבול. כעת נבחן כיצד הטענות הללו מתיישבים עם כללי המשפט הבין־לאומי. נדון בחובות של מדינות כלפי מבקשי מקלט בגבול כפי שהן עולות מתוך המשפט הבין־לאומי ומתוך התייחסות לקביעות של בתי דין אחרים בעולם בנושאים אלו, ונבדוק כיצד יש להחילן בישראל.

31. ייתכן שיש הצדקה להבחין בין היקף חובתנו כלפי אדם שעמו יש לנו קשרים מסוימים לחובתנו כלפי אדם שעמו אין לנו קשר. לא נרחיב על כך, שכן היבט זה של הדיון חורג מגדרי מאמר זה ואינו חיוני לטיעון.

32. Bente Puntervold Bo, "Immigration Control, Law and Morality: Visa Policies towards Visitors and Asylum Seekers - An Evaluation of the Norwegian Visa Policies within a Legal and Moral Frame of Reference," Ph.D. dissertation, Oslo University College, 2001, pp. 404-405.

33. Ann Dummet, "Natural Law and Transnational Migration," in Brian Barry and Robert Goodin (eds), *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and of Money*, University Park, Pa.: Pennsylvania State University Press, 1992, p. 177. מעניינת של ביקורת הלאומנות שפיתחה שילה בנחביב ראו, Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2004, pp. 110-114.

1. איסור גירוש או החזרה ומבקשי מקלט בפוטנציה

קודם לכן ציינו שאחת ההצדקות המוסריות לחובת האי־דחייה בגבול מבוססת על הטענה שחובה זו נגזרת מהזכות לבקשת מקלט.³⁴ כעת ננסה לנסח זאת במונחים של חובה משפטית. החובה המשפטית החשובה ביותר המוטלת על מדינות ביחס לזכות לבקשת מקלט היא חובת איסור הגירוש או ההחזרה (non-refoulement). הסוגיה הראשונה שיש לדון בה אפוא היא מתי חל האיסור על גירוש או החזרה: האם הוא חל רק על אנשים שהשלטונות מכירים בהם כפליטים? במבט ראשון הדבר נראה סביר, משום שסעיף 33 לאמנת הפליטים אוסר על החזרת אנשים למדינה כאשר יש חשש מבוסס שהם יהיו נתונים בתחומה לרדיפה על בסיס גזע, דת, אזרחות, דעות פוליטיות או חברות בארגון חברתי – במילים אחרות, הסעיף אוסר על החזרת פליטים. אך הטענה שהאיסור על גירוש או החזרה חל על פליטים מוכרים בלבד תהפוך את האיסור לחסר שיניים. על בסיס טענה זו מדינה תוכל להחזיר לארץ מוצאם אנשים שהיו יכולים להיחשב פליטים אילו נבדקו בקשות המקלט שלהם. נוסף על כך, פעולה כזאת תיחשב שימוש לרעה של המדינה בכוחה הכופה.³⁵ זו הסיבה לקונצנזוס, הן בדוקטרינה הבין־לאומית והן בפרקטיקה המדינתית במישור הבין־לאומי, על כך שהאיסור על גירוש או החזרה צריך לחול בכל מקרה, בין שהאנשים הוכרו כפליטים ובין שלא. ההכרה באדם כפליט אינה הופכת אותו לפליט אלא מכריזה עליו כפליט.³⁶ לפיכך, אנשים שעליהם חל האיסור על גירוש או החזרה מוגנים מפני החזרה עד להודעה חדשה. בהמשך המאמר נתייחס לביטוי

³⁴. ראו חלק א' לעיל.

³⁵. ראו חלק א' לעיל.

³⁶. UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/IP/4/Eng/REV.1, reedited 1992), para. 28 (available at: <http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>); Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Volume I, Leiden: Sijthoff, 1966, p. 340; Elihu Lauterpacht and David Bethlehem, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion," in Erika Feller, Volker Tütik and Frances Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 116-118; James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 278; Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 51, 244; Kees Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Antwerp: Intersentia, 2009, pp. 47-48

”עד להודעה חדשה”.

אף על פי כן, חלק מהבעיה כיום בפרקטיקה של סוגיית המקלט היא שמדינות מחזירות אנשים שהיו מבקשים בהן מקלט אילו ניתנה להם ההזדמנות לעשות זאת. מן הסתם לא כל המוחזרים היו פונים בבקשת מקלט, אך אין ספק שחלקם היו עושים כן. האם האיסור על גירוש או החזרה מגן על האנשים הללו, או על חלקם? אחד הטעמים לדחייה בגבול הוא למנוע מפליטים גישה למנגנון בקשת המקלט. מניסיונו עם פליטים שנכנסים לישראל, בקרב פליטים שנתפסו יש בדרך כלל שיעור גבוה של אנשים שיגישו בקשת מקלט אם תינתן להם ההזדמנות, אף שלמעשה חלקם מהגרי עבודה או קורבנות סחר למטרות מין. אחת השאלות המרכזיות אפוא היא האם למדינה יש החירות לדחות פליט שמגיע ללא מסמכים מזהים בלי לברר אם הוא מבקש להסתמך על איסור הגירוש או ההחזרה. תשובה חיובית לשאלה זו הופכת למעשה את הזכות למקלט – ואת איסור הגירוש או ההחזרה – לחסרי משמעות.³⁷

אין ספק שסוגיה זו קשורה קשר ישיר למהותו של האיסור על גירוש או החזרה. מובן שאין לצפות שפליט יגבה את בקשתו למקלט באזכור אמצעי משפטי בין-לאומי כלשהו, כגון אמנת הפליטים או האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות (ICCPR); די אם ימנה את הסיכונים שבגינם הוא מבקש מקלט, כגון סכנה לחייו או לחירותו, סכנה לביטחונו וכדומה. ואם הפליט מגיע ממדינות הידועות כ”יצרניות פליטים” (בהקשר של ישראל מדובר בעיקר בסומליה, אריתריאה וסודן) – אזי על פי רוב המדינה מניחה מלכתחילה (או ראוי שתניח) שאדם מעוניין להסתמך על עקרון איסור הגירוש או ההחזרה.

עניין זה נדון בבית הדין לזכויות אדם של האיחוד האירופי בפרשת חירסי ג'מעה,³⁸ הנוגעת ללכידתם של מהגרים סומלים ואריתריאים בלב ים על מנת להשיבם ללוב. ממשלת איטליה טענה כי לא ידעה שמבקשי המקלט התנגדו להחזרתם ללוב היות שהם לא ביקשו מקלט, ואף לא טענו שנשקפת להם סכנה בלוב. בהתייחסו לטענה האחרונה, בית הדין קבע על סמך עדויות כי ההפך הוא הנכון,³⁹ ואף הוסיף וקבע כי הייתה זו חובתן של רשויות המדינה, לנוכח התמונה של הפרות הזכויות השיטתיות בלוב, לברר מה יהיה היחס שיינתן למבקשי המקלט עם החזרתם ללוב. בלי בירור מעמיק כזה, קבע בית הדין, לא יצאה המדינה ידי חובתה החוקית.⁴⁰ לפיכך, פרשנות יעילה ותכליתית של האיסור על גירוש או החזרה צריכה לדרוש כי מדינה שמעוניינת לדחות פליט בגבול, בהנחה שהפליט מסרב להחזרה, תברר תחילה מדוע הוא מתנגד לכך. כדי להחליט אם לאפשר לפליטים להסתייע בעקרון

37. ראו חלק 1א לעיל.

38. ראו חירסי ג'מעה ואח' נ' איטליה (לעיל הערה 4).

39. שם, בפסקה 132.

40. שם, בפסקה 133.

איסור הגירוש או ההחזרה יש להעריך את תשובותיהם בתשומת לב רבה. קשה לנסח עקרונות כלליים לביצוע הערכה שכזו, שכן כל עיקרון או כלל, מעצם טבעו, נכון להקשר מסוים; אך כדי שהעיקרון של איסור גירוש או החזרה יהיה בעל ערך, ההערכה חייבת להתבצע באופן ליברלי. יש לזכור שההערכה אינה אמורה בשום אופן לבחון את תוכן הבקשה, אלא לברר אם הפליט מעוניין להגיש בקשת מקלט. במילים אחרות, אדם שאין מאפשרים לו להיכנס למדינה צריך לכל הפחות לקבל הזדמנות להגיש בקשת מקלט.

אך מה קורה כאשר המדינה נמנעת מלהקים מנגנון שיעריך ביסודיות אם מועמדים לדחייה היו מעוניינים לבקש מקלט? המדינה יכולה לטעון, למשל, שידוע לה בוודאות כי האנשים שברצונה להחזיר אינם מעוניינים לבקש מקלט; אך המדינה יודעת גם שאם הדבר יוצע להם בגבול באופן מפורש הם עשויים לבקש מקלט. בנוהל "החזרה חמה" מבקשי מקלט לא נשאלים באופן ספציפי אם הם מעוניינים במקלט מדיני בישראל.⁴¹ הדרך היחידה להבטיח את יישומו היעיל של האיסור על גירוש או החזרה היא לטעון שדחיית הפליטים הללו מהווה הפרה של סעיף 33 לאמנת הפליטים. להתיר למדינות להתעלם מבקשות פוטנציאליות למקלט משמעו חתירה תחת עצם הרעיון של איסור על גירוש או החזרה. מסיבה זו שב וטען בית הדין האירופי לזכויות אדם כי החזרה של אדם המעוניין לבקש מקלט מדיני בלא שהתבצעה הערכה הולמת של בקשתו, עומדת כלשעצמה בסתירה לאיסור על גירוש או החזרה.⁴²

לסיכום היבט זה, אין להחזיר אנשים המבקשים מקלט עד להודעה חדשה.⁴³ כך גם לגבי אנשים המעוניינים לבקש מקלט שלא קיבלו את ההזדמנות לעשות זאת. פרקטיקות מדינתיות של החזרת פליטים, שחלקם בהחלט עשויים לבקש בהן מקלט, הן בעייתיות לאור עקרון איסור הגירוש או ההחזרה. התרתן של פעולות מסוג זה פוגעת באפקטיביות של האיסור על גירוש או החזרה. פרשנות תכליתית ואפקטיבית של האיסור תעלה כי מדינות הבוחרות לנקוט מדיניות המונעת מקבוצת אנשים לבקש מקלט צריכות להתייחס לקבוצה זו כמכלול, כאילו היא מוגנת על ידי האיסור על גירוש או החזרה. המדינות רשאיות לאפשר לאנשים הנוגעים בדבר להביע את רצונם לבקש מקלט במקום לספק הגנה לקבוצות של מבקשי מקלט, וכך יוגבל מספר האנשים שכלפיהם יש להן מחויבות משפטית במישור הבין-לאומי. עם זאת, גם אם מדינה אינה מאפשרת לבקש מקלט, אין היא יכולה להתעלם מהאיסור על גירוש או החזרה; לחלופין, לעת עתה המדינה מחויבת באופן זה כלפי כל

41. ראו חלק ג להלן.

42. *Z.N.S. v. Turkey*, Appl. No. 21896/08, ECtHR 19 January 2010, para. 47; *Jabari v. Turkey*, Appl. No. 40035/98, ECtHR 11 July 2000, para. 40; *K.R.S. v. United Kingdom* (decision), Appl. No. 32733/08, ECtHR 2 December 2008.

43. ראו ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 48-56, 137-138.

הקבוצה שממנה נמנעה אפשרות זו.⁴⁴ מסקנות אלו מתיישבות עם כמה מהשיקולים המוסריים שצוינו לעיל, ובוודאי שכל פרשנות אחרת תהפוך את הזכות לפליטות לחסרת משמעות ותהווה שימוש לרעה בכוחה הכופה של המדינה. מובן מאליו שלהתיר לאנשים להגיש בקשת מקלט היא החלופה העדיפה, שכן היא מאפשרת למדינה להחזיר את אלה שאינם מבקשים מקלט.⁴⁵

מסיבות דומות אין זה רלוונטי אם מבקשי מקלט בפוטנציה נעצרים מיד לאחר שחצו את הגבול, או ממש טרם חצייתו. ברגע שמבקש מקלט בפוטנציה יוצר מגע⁴⁶ עם רשויותיה של מדינה, למדינה זו יש הזכות להפעיל עליו את סמכותה. האפשרות הפיזית לגישה לתהליך של בקשת מקלט היא זו המקימה אחריות על פי המשפט הבין-לאומי.⁴⁷

2. איסור גירוש או החזרה ומדינות צד שלישי

סוגיה נוספת עוסקת בפליטים שהוחזרו למדינה שכנה, שאינה ארץ מוצאם, ונשאלת השאלה אם מעשה זה מנוגד לאיסור על גירוש או החזרה. התשובה ככל הנראה חיובית, שכן גם במדינת צד שלישי מבקשי מקלט בפוטנציה עלולים לסבול מרדיפה או מעינויים; במקרה כזה החזרתם למדינת צד שלישי יכולה להוות גירוש או החזרה ישירים. אך גם אם מבקשי המקלט בפוטנציה יזכו ליחס הוגן במדינת צד שלישי, מדינה זו עשויה להחזירם לארץ מוצאם, שבה יהיו נתונים לרדיפה ולעינויים. במקרה כזה, החזרה למדינת צד שלישי יכולה להיחשב לגירוש או החזרה עקיפים.

44. יש לשים לב שבתיק *Sale v. Haitian Centers Council*, בית המשפט העליון באמריקה הניח באופן דומה כי לכידתה של סירה בדרכה מהאיטי עשויה לעלות כדי הפרה של סעיף 33 לאמנת ז'נבה (1951). הסוגיה עסקה בהיבט הטריטוריאלי, לא בשאלה האם אנשים שנמנע מהם להסתייע באיסור על גירוש או החזרה יכולים להיות מוגנים על יד האמנה.

45. לעמדותיה של ועדת זכויות האדם על החובה להתיר לפליטים להגיש בקשת פליטות, גם כשמדובר במספר גדול של אנשים, ראו ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 411.

46. השאלה אילו סוגים של מגע בין המדינה לבין מבקש המקלט מקימים לה אחריות מבחינת המשפט הבין-לאומי היא שאלה מורכבת, שלא זכתה להכרעה, והדיון בה חורג ממסגרת מאמר זה. למשל, אפשר לטעון כי גם כשאדם שולח בקשת מקלט בדואר נוצר בינו ובין המדינה המקבלת מגע היוצר כלפיו חובות משפטיות או מוסריות. לא נבקש להכריע בכך כאן, ודי אם נאמר כי במצב שבו נוצר מגע פיזי בלתי אמצעי בין מבקש המקלט לבין המדינה בנקודת הגבול, אין ספק כי קמות לה אחריות ומחויבות במשפט הבין-לאומי.

47. Maarten den Heijer, "Europe and the Asylum," Ph.D. dissertation, Leiden University, 2011, pp. 118-135.

א. גירוש או החזרה ישירים

החזרתו של אדם למדינת צד שלישי שבה הוא נאלץ להתמודד עם רדיפה, עינויים או יחס בלתי אנושי מהווה הפרה של סעיפי המשפט הבין-לאומי שעליהם, ככלל, מבוססים דיני הפליטים: אמנת ז'נבה (1951), סעיף 3 לאמנה נגד עינויים, וסעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות. מקרה מסוג זה נדון לאחרונה בבית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין M.S.S. נ' בלגיה ויוון.⁴⁸ בית הדין מצא כי בשני מקרים בעבר התייחסה יוון למבקשי מקלט שעצרה באופן בלתי אנושי.⁴⁹ בפסק דינו בעניין M.S.S. קבע בית הדין כי בלגיה הפרה את האיסור על גירוש או החזרה ישירים בכך שתנאי המעצר שבהם הושמו מבקשי המקלט נגדו את סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם, שתוכנה קרוב מאוד לתוכנו של סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.⁵⁰

באופן דומה, בפסק הדין בעניין חירסי ג'מעה שנזכר לעיל מצא בית הדין כי עצם קיומם של חוקים מדינתיים והעובדה שלוב אשררה אמנות זכויות אדם, הם כשלעצמם אין בהם די כדי להבטיח הגנה מספקת לזכויותיהם של מבקשי המקלט, ועל כך יעידו הדיווחים על הפרות זכויות המהוות הפרות של אותם חוקים ואמנות.⁵¹ ועוד, הוסיף בית הדין, מדינה אשר מרחיקה מגבולה מבקשי מקלט אינה יכולה לחמוק מאחריותה כלפיהם באמצעות הסכמים בילטרליים, אלא חבותה כלפי אותם מהגרים נמשכת גם אם הועברו למדינה אחרת.⁵² לפי בית הדין, מהגרים בלוב היו נתונים בסכנת החזרה למדינתם בכל זמן, וגם אם לא היו נתונים במעצר תנאי חייהם היו קשים, וכמהגרים לא מתועדים⁵³ היו נידונים לחיות בשולי החברה ובבידוד, כשהם חשופים להתקפות גזעניות ולשנאת זרים.⁵⁴ בית הדין סבר כי כשאיטליה החזירה מבקשי מקלט ללוב, רשויותיה ידעו או היה עליהן לדעת שכמהגרים לא מתועדים הם יהיו נתונים להפרות של האמנות שלוב חתומה

48. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Appl. No. 30696/09, ECtHR (GC) 21 January 2011.

49. *S.D. v. Greece*, Appl. No. 53541/07, ECtHR 11 June 2009; *A.A. v. Greece*, Appl. No. 12186/08, ECtHR 22 July 2010.

50. פסקה 367 לפסק הדין. בית הדין מצא גם כי תנאי המחיה ביוון נוגדים את סעיף 3. עם זאת, בשיקולים שהובילו למסקנתו הסופית נשען בית הדין במידה רבה על חובותיה של יוון במסגרת דין האיחוד האירופי. מסיבה זו לא ניתן להסתמך על ההיגיון שהנחה את בית הדין במקרה של מדינות שבהן לא חל דין האיחוד.

51. ראו חירסי ג'מעה ואח' נ' איטליה (לעיל הערה 4), פסקה 128.

52. שם, פסקה 129.

53. בחרנו להשתמש במונח מהגרים לא מתועדים (undocumented immigrants) כדי להימנע משימוש במונח הרווח מהגרים לא חוקיים, כחלק מתפיסתנו שאין אדם שהוא "לא חוקי".

54. שם, פסקה 125.

עליהן.⁵⁵

כך, לפי פסיקת בית הדין ניתן בנקל לראות כי הסוגיות הדוקטרינריות העולות מגירוש או החזרה ישירים למדינות צד שלישי אינן שונות מאלה העולות מגירוש או החזרה למדינות המוצא.

ב. גירוש או החזרה עקיפים

הסוגיה של גירוש או החזרה עקיפים קשורה קשר הדוק לשני שיקולים מוסריים שנדונו בסעיף הקודם. הנחת המוצא היא שבדרך כלל המדינה שמבקשי המקלט נמצאים בגבולה נמצאת בעמדה הטובה ביותר לסייע להם. לפיכך, היכולת של מדינה זו להחזיר מבקשי מקלט למדינות צד שלישי כפופה להגבלות של עקרון איסור הגירוש או החזרה. במילים אחרות, מדינה יכולה להחזיר מבקשי מקלט למדינות צד שלישי כל עוד היא מטילה את כוחה הכופה בצורה מוסרית. ככלל, החזרתם של מבקשי מקלט למדינת צד שלישי יכולה להתיישב עם האיסור על גירוש או החזרה גם אם לא נקבע מעמדו של מבקש המקלט (כלומר גם אם לא נקבע אם האיסור על גירוש או החזרה חל על מבקש המקלט), ובלבד שאותה מדינה תספק לו הגנה במידת הצורך.⁵⁶ כך, אף על פי שהחזרת מבקשי מקלט – גם כאלה שמעמדם לא נקבע – למדינת צד שלישי אינה בהכרח אסורה, הרי מהאיסור על החזרת פליטים למדינות מוצאם "בכל דרך שהיא" משתמע איסור על החזרתם למדינת צד שלישי, שבה הם לא יהיו מוגנים מפני גירוש או החזרה.⁵⁷

בשתי החלטות בדבר קבילות ובכמה פסיקות מהעת האחרונה נדרש בית הדין האירופי לזכויות אדם למצבים שבהם הן המדינה השולחת והן המדינה המקבלת היו חברות במועצה האירופית (ולכן הן מהוות צדדים לאמנה האירופית לזכויות אדם) ובאיחוד האירופי. בהחלטה בדבר קבילות משנת 2000 דן בית הדין בהעברת מבקש מקלט סרי לנקי מבריטניה לגרמניה.⁵⁸ בית הדין פסק כי העברתו של מבקש המקלט לגרמניה הייתה "חוליה אחת בשרשרת אפשרית של אירועים שעשויים להוביל להחזרתו לסרי לנקה, שם צפויה לו, ככל הנראה, סכנה ממשית" וכי היא נעשתה בניגוד לסעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם. בית הדין אף הוסיף והתווה כללים בדבר האחריות, לפי לסעיף 3, של מדינות המעבירות אנשים למדינות צד שלישי. לטענתו, ההעברה העקיפה למדינת צד שלישי, שבמקרה זה היא גם צד לאמנה האירופית לזכויות אדם, אינה מפחיתה ממידת אחריותה

⁵⁵ שם, פסקה 131.

⁵⁶ לדיון כללי בנדון ראו Hemme Battjes, *European Asylum Law and International Law*, Leiden: Brill, 2006, pp. 494-519.

⁵⁷ ראו ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 140-147, 320-323, 407; לאוטרפכט ובית-לחם (לעיל הערה 36), עמ' 122; האת'ווי (לעיל הערה 36), עמ' 327-335; גודוויין-גיל ומקאדם (לעיל הערה 36), עמ' 252.

⁵⁸ *T.I. v. United Kingdom*, Appl. No. 43844/98, ECtHR (dec) 7 March 2000.

של המדינה המעבירה להבטיח כי המבקש אינו נתון, בעקבות החלטת הגירוש, ליחס המנוגד לסעיף 3. המדינה המעבירה אינה יכולה להישען באופן אוטומטי על הסדרים לפי החוק האירופי. "כאשר מדינות מקימות ארגונים בין-לאומיים או, בשינויים המחויבים, חותמות הסכמים בין-לאומיים כדי ליצור שיתופי פעולה בתחומים או בפעילויות מסוימים, ייתכנו השלכות הנוגעות להגנה על זכויות יסוד. יהיה זה מנוגד לתכליתה ולמטרתה של האמנה אם המדינות החתומות עליה יפטר עוצמן מאחריותן לפי האמנה ביחס לתחומי הפעילות הנזכרים לעיל". בית הדין החיל את אמת המידה הזאת על המקרה הנדון וציין כי "דאגתו העיקרית הייתה לברר אם ישנם אמצעי הגנה פרוצדורליים כלשהם המגנים על המבקש מהעברה מגרמניה לסרי לנקה".⁵⁹ לאחר הערכה מפורטת של השלכות חוק הפליטים הגרמני למקרה זה פסק בית הדין שלא הוכח שהייתה סכנה ממשית שגרמניה תגרש את המבקש לסרי לנקה ותפר את סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם, ולפיכך הותר לבריטניה להעביר את מבקש המקלט לגרמניה.

בשנת 2008 בחן בית הדין האירופי לזכויות אדם מקרה של מבקש מקלט איראני שבריטניה ביקשה להעבירו ליוון.⁶⁰ בית הדין מצא את הבקשה בלתי קבילה ולכן התיר לבריטניה להחזיר את מבקש המקלט ליוון בלא שמעמדו ייקבע, משתי סיבות: ראשית, בית הדין ציין כי במועד הקובע יוון, בתור מדינת צד שלישי, לא העבירה אנשים לארץ מוצאם (איראן), מאחר שההרמוניזציה של החקיקה באירופה בסוגיית הפליטים סיפקה בסיס להנחה שיוון תשוב לעשות זאת רק אם הדבר יעלה בקנה אחד עם מחויבויותיה לחוק האירופי. שנית, בית הדין ציין כי מבקש המקלט, שהתבסס על הליך בבית הדין בשטרסבורג שהתנהל נגד בריטניה, יכול לפנות מיוון לבית הדין בשטרסבורג בעתירה נגד יוון, אם יוון תתכוון לגרשו לאיראן תוך הפרה של סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם. המבקש אף יכול להגיש בקשה להפעלה של כלל 39 - כלומר שלא יעבירו אותו עד שבית הדין ידון בבקשה. גם אם בריטניה תעביר את המבקש, הדבר לא ימנע ממנו את האפשרות לפנות לבית המשפט. "משום כך, תלונות המבקש לפי סעיף 3 וסעיף 13 לאמנה (האירופית לזכויות אדם), הנובעות מן האפשרות שיגורש לאיראן, יהיו כפופות לכלל 39 של כללי הפנייה לבית הדין, ויוגשו כנגד יוון לכשיועבר אליה, ולא נגד בריטניה".⁶¹ ב-21 בינואר 2011 נדרשה ערכאת הערעור של בית הדין האירופי לזכויות אדם לעניינו של M.S.S., מבקש מקלט אפגני אשר הוחזר על ידי בלגיה ליוון משום שלפי דין האיחוד האירופי יוון הייתה המדינה האחראית עליו.⁶² בית הדין פסק כי תנאי המעצר ותנאי המחיה שזכה להם ביוון היו בלתי ראויים ועקב כך הגדיר

59. שם, עמ' 15-16.

60. ראו K.R.S. נ' בריטניה (לעיל הערה 42).

61. שם, עמ' 18.

62. ראו M.S.S. נ' בלגיה ויוון (לעיל הערה 48).

את יחסה של יוון אליו "משפיל". עוד קבע בית הדין כי יוון הפרה את זכותו של M.S.S. לסעד אפקטיבי, שכן הליך בקשת המקלט ביוון היה כרוך בסיכון שיוחזר לאפגניסטן בלא בדיקה יסודית לגבי מידת הציוד של בקשתו למקלט ובלא שזכה לגישה לערכאות. נוסף על כך, בית הדין קבע כי בלגיה הפרה את האיסור על גירוש או החזרה בכך שבהעברתו של של מבקש המקלט ליוון הפקירה אותו לסיכונים הכרוכים בליקויים בהליך בקשת המקלט ביוון, ובכך שהפקירה אותו, באותו האופן, ליחס משפיל ביוון. לבסוף קבע בית הדין שגם בלגיה הפרה את זכותו של M.S.S. לסעד אפקטיבי, משום שההליך נגד העברתו ליוון לא כלל ערבויות מספקות. בכך בית הדין אישר מחדש את פסיקתו בעניינם של K.R.S. נ' בריטניה ושל I.T. נ' בריטניה שנדונו לעיל. מתוך האופן שבית הדין אישר את פסיקתו מחדש אפשר לחלץ שני עקרונות:

- כאשר מדינה מעבירה מבקש מקלט למדינת צד שלישי, על המדינה המעבירה להבטיח כי הליך בקשת המקלט במדינה זו כולל ערבויות מספקות כדי למנוע את העברתו של מבקש מקלט, באופן ישיר או עקיף, למדינת מוצאו בלא שתתקיים שום הערכה של הסכנות הנשקפות לו לפי סעיף 3 לאמנה האירופית לזכויות אדם⁶³ – כלומר, הזכות שלא להיות נתון ליחס בלתי אנושי, הכוללת איסור גירוש או החזרה;
- בהיעדר ראיות לסתור יש להניח כי המדינה המהווה צד שלישי מקיימת את חובותיה לפי המשפט הבין-לאומי.⁶⁴

לאחר מכן עסק בית הדין בשאלה אם היה על בלגיה להטיל ספק בכך ששלטונות יוון יכבדו את חובותיהם לפי המשפט הבין-לאומי בענייני פליטים. בלגיה טענה כי בהליך שקיימה לא פירט M.S.S. את התנגדותיו להעברתו ליוון. לטענת בית הדין היו כמה דיווחים על ליקויים בהליך בקשת המקלט ביוון ועל הפרקטיקה של גירוש או החזרה – בין באופן ישיר ובין באופן עקיף – שנוקטת יוון על בסיס אישי או קולקטיבי. בהתבסס על מידע זה פסק בית הדין כי המצב הכללי ביוון היה ידוע לשלטונות בלגיה וכי אין לצפות שהפונה יישא על כתפיו את כל נטל ההוכחה בנדון. בית הדין ראה בהבטחותיה של יוון כי תפעל בהתאם לחובותיה למשפט הבין-לאומי הבטחות בלתי מספקות, שכן הבטחות אלה התייחסו בקווים כלליים בלבד לחקיקה הרלוונטית, ולא זו בלבד אלא שחקיקה זו לא יושמה כהלכה, כפי שהתברר מהמידע הכללי שהתקבל. בית הדין קבע כעניין עובדתי שאין אפשרות מעשית להגיש תלונה נגד יוון בבית הדין האירופי לזכויות אדם, שכן על מבקשי המקלט היה להתמודד עם מכשולים כה גדולים ביוון, עד שהגשת עתירה לבית הדין הייתה בגדר אשליה. עוד קבע בית הדין כי שלטונות בלגיה ידעו, או היה

63. שם, פסקה 342 לפסק הדין.

64. שם, פסקה 343 לפסק הדין.

עליהם לדעת, שלא הייתה שם ערובה לכך שהשלטונות ביוון יבדקו את בקשת המקלט של M.S.S. באופן יסודי, ודחה את טענת בלגיה כי מבקש המקלט לא הוכיח שהבעיות והליקויים במנגנון הטיפול בפליטים ביוון עלולים לפגוע בו. לנוכח המידע על הליקויים במנגנון זה ביוון, אחריותם של שלטונות בלגיה לא הייתה צריכה להסתכם בהנחה שמבקש המקלט יזכה ליחס ההולם את העקרונות של המשפט הבין-לאומי, אלא היה עליהם לוודא כיצד השלטונות ביוון מחילים בפועל את החקיקה שלהם במקרים של בקשות מקלט. "אילו עשו זאת, היו נוכחים לדעת כי הסכנות שנשקפו למבקש המקלט היו ממשיות וקונקרטיות דיין כדי ליפול בגדרו של סעיף 3".⁶⁵

אפשר להיווכח כי בהקשר האירופי בית הדין עושה שימוש בחזקה הניתנת לסתירה שמדינות יפעלו לפי חובתן למשפט הבין-לאומי ולדין האיחוד האירופי.⁶⁶ עם זאת, אם יש סימנים המעידים שמדינות מסוימות מפרות את דיני זכויות האדם, הרי חזקה זו איננה תקפה עוד. במקרים מסוג זה טענו מדינות אחדות כי הבטחות הגורמים הדיפלומטיים של המדינה שאליה האדם אמור להיות מועבר מצדיקות את ההעברה. אך פסקי דין העוסקים בהעברה לארצות מוצא מראים כי בהבטחות דיפלומטיות לבדן אין די. בית הדין מחזיק בעמדה ש"קיומם של חוקים מדינתיים וגישה לאמנות בין-לאומיות המבטיחות, באופן עקרוני, לכבד זכויות יסוד אינם מספיקים כשלעצמם כדי להבטיח הגנה נאותה נגד הסיכון של יחס פוגעני כאשר, כמו במקרה הנוכחי, מקורות מהימנים מדווחים על הפרקטיקות שבהן נוקטים השלטונות, או על הפרקטיקות שהם מוכנים לשאת, שמנוגדות במפורש לעקרונות האמנה".⁶⁷ יתרה מזו, הבטחות דיפלומטיות יש להעריך תמיד ביחס לשאלה אם ביישומן בפועל הן מספקות "ערבות מספקת לכך שמבקש המקלט זוכה להגנה מפני יחס האסור לפי האמנה".⁶⁸ הבטחות כאלה עלולות להיות בלתי מספקות כאשר ישנם ספקות בדבר סמכותו של הפקיד להנפיק אותן; כמה משפטים מאולצים בסוגיית העינויים אינם ערובה מספקת כאשר יש דיווחים רבים על עינויים. הסכנות

⁶⁵ שם, פסקאות 347, 352-354, 359 לפסק הדין.

⁶⁶ ראו באופן כללי יותר באטג'ס (לעיל הערה 56), עמ' 409-418; Nils Coleman, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 275-282.

⁶⁷ *Saadi v. Italy* (GC), Appl. No. 37201/06, ECtHR 28 February 2008, para. 147; *Ismoilov et al. v. Russia*, Appl. No. 2947/06, ECtHR 24 April 2008, para. 127; *Ryabikin v. Russia*, Appl. No. 8320/04, ECtHR 19 June 2008, para. 119; *Muminov v. Russia*, Appl. No. 42502/06, ECtHR 11 December 2008, para. 97; *Kaboulov v. Ukraine*, Appl. No. 41015/04, ECtHR 19 November 2009, paras. 108, 113; *Daoudi v. France*, Appl. No. 19576/08, ECtHR 3 December 2009, para. 64.

⁶⁸ ראו סעדי נ' איטליה (לעיל הערה 67), פסקה 148.

בשיתוף פעולה עם ארגוני זכויות אדם גם היא גורם המצביע על כך שהבטחות דיפלומטיות כשלעצמן אינן מספקות.⁶⁹ בית הדין אישר גישה זו בהקשר של מדינות צד שלישי בפסק הדין בעניין M.S.S. (לעיל).

במקרה אחר, שעסק בהעברתו של מבקש מקלט איראני לעיראק על ידי טורקיה, בית הדין חזר וקבע כי "העברה עקיפה של זר למדינת צד שלישי אינה מפחיתה מאחריותה של המדינה המגרשת החתומה על האמנה להבטיח שכתוצאה מהחלטת הגירוש, האדם לא יהיה נתון ליחס בלתי אנושי".⁷⁰ בית הדין התייחס לדיווחים על מקרים של החזרות כפזיות של איראנים לעיראק⁷¹ ולדיווחים המצביעים על "סבירות גבוהה שאנשים הנחשדים כבעלי זיקה למוג'אהדין ח'לק (PMOI) מועברים מעיראק לאיראן".⁷² בית הדין קבע שאין בעיראק מסגרת משפטית המספקת אמצעי הגנה נאותים מפני העברה לאיראן, וכן קבע שהעברה לעיראק תהווה הפרה של האיסור על גירוש או החזרה.⁷³ מאופן ניסוח הדברים על ידי בית הדין בקטעים שאליהם התייחסו ניתן להסיק כי בית הדין דורש את הסכמתה של המדינה המהווה צד שלישי להעביר את האדם הרלוונטי לתחומה. לא ברור אם בית הדין דורש הסכמה כללית בעניין זה או שדי בכך שמדינה המהווה צד שלישי תסכים להחזיר לתחומה את האדם הרלוונטי.

בפסק הדין בעניין חירסי ג'מעה התייחס בית הדין גם לאפשרות של החזרה או גירוש כפזיים עקיפים, כלומר לאפשרות שבהחזרה מבקשי מקלט ללוב, איטליה חושפת אותם לסכנה שיורחקו לאריתריאה או לסומליה, מדינות מוצאם. כדי להעביר מבקשי מקלט למדינה שלישית, על המדינה המעבירה להשיג ערבויות מספקות על מנת להבטיח שהם לא יוחזרו לארצותיהם תוך הפרה של עקרון אי-ההחזרה. מחויבות זו חלה ביתר שאת כשהמדינה שאליה מועברים מבקשי המקלט אינה צד לאמנת הפליטים.⁷⁴ תפקידו של בית הדין הוא לבחון אם הבטחות

69. ראו לדוגמה אסמואילוב ואח' נ' רוסיה (לעיל הערה 67), פסקה 127; ריאביקין נ' רוסיה (לעיל הערה 67), פסקה 119; 24 ECHR, Appl. No. 37257/06, *O. v. Italy*, March 2009, paras. 42-43. לפרטים נוספים על הבטחות דיפלומטיות ראו UNGA Resolution 16 November 2005; UN Special Rapporteur Torture 20 September 2006; UN High Commissioner for Refugees, UNHCR Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection, August 2006, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44dc81164.html> (accessed Aug. 6, 2013); CPT 22 September 2005, 15th General Report on the CPT's activities, p. 14, וכן ווטס (לעיל הערה 36).

70. *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*, Appl. No. 30471/08, ECHR 22 September 2009, para. 88.

71. שם, פסקה 85.

72. שם, פסקה 87.

73. שם, פסקה 89.

74. ראו חירסי ג'מעה ואח' נ' איטליה (לעיל הערה 4), פסקאות 147-148.

מספקות. במקרה הקונקרטי, בית הדין בחן את המצב בסומליה ובאריתריאה ומצא שיש בהן בעיה חמורה של אי-ביטחון כללי, כך שהחזרתם של אותם מבקשי מקלט לארצות אלו הייתה יכולה להוות הפרה של עקרון אי-החזרה.⁷⁵ לוב אינה צד לאמנת הפליטים, אין בה מערכת מקלט פעילה, ומשרדי נציבות האו"ם לפליטים במדינה זו אינם זוכים להכרה ממשלתית.⁷⁶ עם העברתם של מבקשי המקלט ללוב, רשויות איטליה ידעו או היו צריכות לדעת כי אין בידיהן די ערבויות להבטחת שלומם של המועברים מפני סיכון של החזרה שרירותית לארצם.⁷⁷

הוועדה נגד עינויים עסקה גם היא בסוגיות של מדינות צד שלישי.⁷⁸ באחד המקרים, בעניין קורבן נ' שבדיה,⁷⁹ תחילה ביררה הוועדה אם גירוש של מבקש המקלט למדינת מוצאו (עיראק) יהווה הפרה של סעיף 3 לאמנה נגד עינויים. משמצאה שאכן מדובר בהפרה עברה הוועדה לשלב השני וביררה אם אפשר לגרש את מבקש המקלט לירדן, מדינת היעד שאלה ביקשה שבדיה לגרשו. הוועדה מצאה כי בירדן מבקש המקלט "אינו מוגן לחלוטין מפני גירוש לעיראק", וביססה את מסקנתה על מידע שהתקבל מנציבות האו"ם לפליטים לגבי שני מקרי העברה דומים שהתרחשו בשנים קודמות. במקרה אחר מצאה הוועדה שההעברה למדינת המוצא אינה מהווה הפרה של סעיף 3 לאמנה נגד עינויים, ולפיכך במקרה זה גם ההעברה למדינת צד שלישי אינה אמורה להיות בעיה.⁸⁰ ראוי לשים לב כי הוועדה משתמשת במתודולוגיה שונה מזו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בשני היבטים: ראשית היא בודקת אם ההעברה למדינת המוצא מתיישבת עם האמנה, ורק לאחר מכן עוסקת בשאלת ההעברה למדינת צד שלישי; ושנית, במקרה שבו עסקה הוועדה בסוגיה המהותית היא החילה, מבחינת מבקש המקלט, סף נמוך ("אינו מוגן לחלוטין").

נסכם עד כאן: מדינות הבחורות שלא להחליט אם אנשים שהסתמכו על האיסור על גירוש או החזרה מוגנים על ידי איסור זה, חובה עליהן לפעול כאילו הם מוגנים. מכאן עולה שניתן להחזיר אנשים שהסתמכו על איסור הגירוש או ההחזרה למדינת צד שלישי כאשר אפשר להניח שהם יהיו מוגנים במדינה זו מפני גירוש או החזרה. אם המדינה המהווה צד שלישי אינה שותפה לאמנות ולהסכמים הבין-לאומיים הרלוונטיים, קשה לראות כיצד יכולה מדינה זו להיחשב ל"בטוחה" עבור מבקש המקלט. בהתאם לכך, מדינה המהווה צד שלישי שחתומה על האמנות וההסכמים יכולה להיחשב יעד בטוח עבור מבקשי מקלט. עם זאת, יש להביא בחשבון שני סייגים חשובים. האחד, שמדינה שמקורות מהימנים דיווחו כי השלטונות בה

75. שם, פסקאות 149-152.

76. שם, פסקאות 130, 153-154.

77. שם, פסקה 156.

78. ראו ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 508-510.

79. CAT 16 November 1998, No. 88/1997, *Korban v. Sweden*.

80. CAT 19 November 2003, No. 153/2000, *Z.T. v. Australia*.

נוקטים או מוכנים לשאת פרקטיקות ש"מנוגדות במפורש"⁸¹ לאיסורים הרלוונטיים במשפט הבין-לאומי, אינה יכולה להיחשב "בטוחה" עבור מבקשי מקלט.⁸² לפי ניסוח אחר של אותו העיקרון אין להעביר מבקש מקלט במקרה שהמדינה המעבירה "יודעת או שעליה לדעת שאין שום ערכות שבקשת המקלט של הפונה תיבדק באופן יסודי" במדינה המשמשת צד שלישי.⁸³ והסייג השני, שגם בהיעדר דיווחים כאלה, לאדם שמסתמך על האיסור על גירוש או החזרה תמיד צריכה לעמוד הזכות לסתור את ההנחה שהמדינה המהווה צד שלישי תהיה עבורו מקום בטוח. במילים אחרות, אנשים תמיד צריכים לקבל הזדמנות לטעון כי אף על פי שיתכן כי באופן כללי מדינת צד שלישי היא מקום "בטוח", אין זה נכון במקרה הפרטי שלהם. אשר לקריטריון שיש להחיל בנסיבות אלה, הפסיקה בבתי הדין הבין-לאומיים כמעט אינה מספקת הנחיות. נוכח טיבו של האיסור על גירוש או החזרה ולאור ניסוחו של סעיף 33, פסקה 1 לאמנת הפליטים ("בכל דרך שהיא"), נראה שהפסיקה נשענת על קריטריון ליברלי, כמו הקריטריון שבו השתמשה הוועדה נגד עינויים ("אינו מוגן לחלוטין"), או על הקריטריונים ששימשו את בית הדין האירופי לזכויות אדם ("אמצעי הגנה נאותים" ו"ערובות מספקות").

ג. איסור גירוש או החזרה ובדיקת בקשת המקלט
מן האמור לעיל עולה כי כל פליט חייב לקבל הזדמנות מעשית להגיש בקשת מקלט, וכי בקשה זו חייבת להיבדק על בסיס אישי. אפשרות העברתו של פליט למדינת צד שלישי עשויה להיות רלוונטית לתוצאת הבדיקה, אך אין היא יכולה לבוא במקום החובה לבצע בדיקה. העברה ללא בדיקה יסודית ("קפדנית", בלשונו של בית הדין האירופי לזכויות אדם) של בקשת המקלט כשלעצמה היא בבחינת הפרה של האיסור על גירוש או החזרה.⁸⁴ העברה כזאת הופכת את הזכות למקלט לחסרת משמעות ומהווה ניצול לרעה של כוחה הכופה של המדינה⁸⁵ – גם במצב של זרם פליטים המוני.⁸⁶ במילים אחרות, פליטים חייבים לקבל הזדמנות מעשית להסתמך על האיסור על גירוש או החזרה, ואם הם מסתמכים על איסור זה תעוכב

81. ראו סעדי נ' איטליה (לעיל הערה 67), פסקה 147.

82. I.a. UNHCR Briefing Note 20 June 2008, *Egypt: Deportations of Eritrean Asylum-Seekers*

83. ראו M.S.S. נ' בלגיה ויוון (לעיל הערה 48), פסקה 358.

84. ראו Z.N.S. נ' טורקיה (לעיל הערה 42), פסקה 47; ג'בארי נ' טורקיה (לעיל הערה 42), פסקה 40; K.R.S. נ' בריטניה (לעיל הערה 42); וכן ראו, CAT 27 April 1994, No. 13/1993, *Motumbo v. Switzerland*, para. 9.2

85. ראו חלק א' וחלק א' 2 לעיל.

86. Committee against Torture: Concluding Observations on the Former Yugoslav Republic of Macedonia, 5 May 1999, UN doc. A/54/44, paras. 106-117

העברתם עד שתתבצע בדיקה אישית נאותה בנוגע למהות בקשתם.⁸⁷ האם יש קריטריונים לבחינת מידת הצדקתה של בקשה למקלט? לנציבות האו"ם לפליטים יש כמה עמדות בנדון.⁸⁸ בית הדין האירופי לזכויות אדם פסק כי הבדיקה אינה יכולה להיות מוגבלת רק ליישום אוטומטי ומכני של כללים מדינתיים פרוצדורליים. לפונים חייבת להיות הזדמנות מעשית להוכיח את תביעתם; כללים פרוצדורליים חייבים לאפשר את מימושו המלא של סעיף 3.⁸⁹ עמדתה של ועדת זכויות האדם היא כי מבקשי מקלט צריכים לקבל גישה – מוקדם ככל האפשר וללא תשלום – לסיוע משפטי ולמתורגמנים.⁹⁰ הוועדה גם עומדת על כך שיש צורך בהליכים מיוחדים למבקשות מקלט ולמבקשי מקלט קטינים.⁹¹ בהערותיה על המצב במדינות החתומות על האמנה נגד עינויים התעקשה הוועדה על כמה עניינים: חשיבותם הפורמלית של שימועים פרטניים; היכולת לאסוף ראיות (שהרי מעצר של פונים מונע זאת, ויש לשקלל זאת בבדיקת הבקשה); מידת שקיפותה והגינותה של הבדיקה, וכן אופייה האדברסרי; עצמאותו של מקבל ההחלטה; שירותי תרגום ללא תשלום לפונים; והכשרה נאותה למקבלי ההחלטות.⁹² לסיכום, במשפט הבין-לאומי אין כללים מדויקים לבדיקה של בקשות למקלט. עם זאת ישנם עקרונות, וניתן לומר כי הם מספקים לכל אחד ואחת אמצעי הגנה נאותים נגד העברה שמפירה את האיסור על גירוש או החזרה. עיקרון שכזה יכול להתגבש לכדי תבנית מוגדרת רק במערכת משפטית של מדינות אינדיבידואליות, ולמדינות יש חירות רבה בהקשר זה. מובן מאליו שלעיתים קרובות תעלה השאלה אם מדינה מסוימת אכן מגבשת את העיקרון הזה, או שההפך הוא הנכון והיא מנסה להיפטר מאמצעי ההגנה שהעיקרון מספק.

ד. איסור גירוש או החזרה והיכולת לערער לבית משפט

נראה כי ליכולת לערער על החלטה להחזיר מבקש מקלט יש חלק מכריע בסוגיית המקלט. ללא זכות הערעור המדינה עלולה להפעיל את כוחה הכופה באופן שרירותי, שכן בקשת המקלט לא תהיה נתונה לבחינה ביקורתית, ומצב זה עלול לרוקן את

87. ראו לאוטרפכט ובית-לחם (לעיל הערה 36), עמ' 118.

88. ראו ווטרס (לעיל הערה 36), עמ' 164-173.

89. *Bahaddarv. The Netherlands*(judgement), Appl. No. 145/1996/764/965, ECtHR 19 February 1998, paras. 44-45; כמו כן ראו ג'בארי נ' טורקיה (לעיל הערה 42), פסקאות 48, 50.

90. ווטרס (לעיל הערה 36), עמ' 411 והערותיה של ועדת זכויות האדם (HRC) שאליהן הוא מפנה.

91. שם.

92. לסקירה כללית ראו ווטרס (לעיל הערה 36) עמ' 514-515 וכן המקורות שאליהם הוא מפנה.

הזכות למקלט מתוכן. אמנת הפליטים אינה מכסה את ההיבט של הליכי הערעור,⁹³ אך הם מכוסים על ידי סעיף 13 לאמנה האירופית לזכויות אדם, שמבטיחה סעד אפקטיבי לכל אדם הטוען כי זכויותיו שהובטחו באמנה הופרו.⁹⁴ בית הדין האירופי לזכויות אדם ציין כי במקרים של בקשות מקלט, הזכות לסעד אפקטיבי משפיעה על הפרקטיקה המדינתית בארבעה היבטים. ראשית, הליכי הערעור חייבים להתחשב בכך שעלול להיות מסובך מאוד עד בלתי אפשרי למבקש המקלט הנוגע לעניין לספק ראיות בתוך זמן קצר, בייחוד אם עליו להשיג את הראיות מהמדינה שממנה הוא נמלט. לפיכך "אין להטיל מגבלת זמן של תקופות קצרות, או להחילה באופן נוקשה, שימנע מאלה המבקשים לזכות במעמד של פליט הזדמנות מעשית להוכיח את טענתם".⁹⁵ כמו כן אין להגביל את הליך הערעור לעניינים פורמליים אלא עליו לעסוק במהות התביעה ולהביא בחשבון עד כמה שניתן את המידע העדכני. שנית, הנטל "להביא ראיות שבכוחן להוכיח" כי ההעברה תהיה מנוגדת לאיסור על גירוש או החזרה מונח על כתפיו של הפונה. למעשה קריטריון זה אינו דורש שהפונה יוכיח שהעברתו תהווה גירוש או החזרה; ברגע שהפונה סיפק את הראיה הדרושה, הנטל "לפזר כל ספקות בעניין זה" עובר מיד למדינה.⁹⁶ שלישית, בתי המשפט צריכים להורות על בדיקה מקיפה של כל סירוב לבקשת מקלט - בדיקה שאינה מוגבלת למבחן הרציונליות. בית המשפט אינו צריך להגביל את עצמו לדיון בשאלה אם יכלו השלטונות להסיק באופן סביר כי העברת הפונה לא תפר את האיסור על גירוש או החזרה, אלא עליו לעסוק בשאלה הרחבה יותר - האם העברתו תהווה הפרה של איסור זה. ורביעית, הגשת ערעור צריכה לגרור באופן אוטומטי הקפאה של הליכי ההעברה של מבקש מקלט כל עוד הליכי הערעור, שבו הוא עשוי לזכות, תלויים ועומדים.⁹⁷

93. אך ראו ווטרס (לעיל הערה 36), עמ' 164; Thomas Spijkerboer, "Higher Judicial Remedies for Asylum Seekers: An International Legal Perspective," in International Association of Refugee Law Judges (ed.), *Asylum Law: First International Judicial Conference*, 1995, p. 217; וכן Pieter Boeles, *Fair Immigration Procedures in Europe*, The Hague and Boston: Martinus Nijhoff, 1997, pp. 71-74. פסקה 1 לאמנת הפליטים יש תחולה במקרה זה.

94. על סעיף זה ראו באופן כללי יותר במקור הבא, שעליו מבוססת פסקה זו: Thomas Spijkerboer, "Subsidiarity and 'Arguability': The European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases," *International Journal of Refugee Law* 21 (2009), pp. 48-74.

95. ראו בהדרג' הולנד (לעיל הערה 89), פסקה 45.

96. ראו סעדי נ' איטליה (לעיל הערה 67), פסקה 129, וכן *N.A. v. United Kingdom*, Appl. No. 25904/07, ECtHR 17 July 2008, para. 111.

97. ראו *Čonka v. Belgium*, Appl. No. 51564/99, ECtHR 5 February 2002, paras. 82-83; *Gebremedhin v. France*, Appl. No. 25389/05, ECtHR 26

גם סעיף 2, פסקה 3 לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מקנה את הזכות לסעד אפקטיבי שחלה במקרה של "החלטה לגרש תוך סיכוי שיתקיימו עינויים",⁹⁸ גם אם בקשת המקלט הוכרזה לא קבילה או בלתי מבוססת לחלוטין.⁹⁹ גם במקרה זה, הסעד יהיה אפקטיבי רק אם הוא ישהה את הליכי ההעברה.¹⁰⁰

ה. סיכום

מהמשפט הבין-לאומי, כפי שהוא מפורש על ידי הגופים המפקחים, ניתן להסיק את המסקנות הבאות: (א) כאשר פליטים נתפסים בגבול הם חייבים לקבל הזדמנות מעשית לבקש מקלט. הסיבה היא שהמדינה שאלה מגיעים מבקשי המקלט נמצאת על פי רוב בעמדה הטובה ביותר לסייע להם, ומשום שאחרת הזכות למקלט תהיה כמעט חסרת משמעות. העובדה שהפונה עדיין לא הורשה להיכנס למדינה איננה רלוונטית בהקשר זה. העניין המכריע הוא האם המדינה הרלוונטית מפעילה כלפי אדם זה סמכות אפקטיבית; עצם העובדה שהיא פועלת כדי להחזיר אדם זה די בה כדי להראות שהיא מפעילה סמכות שכזו. (ב) מרגע שהוגשה בקשה למקלט ועד שהיא נבדקת, יש חובה משפטית להשהות את העברתו של הפונה למדינה אחרת (לרבות מדינת צד שלישי הנחשבת "בטוחה" או מדינות מוצא הנחשבות "בטוחות"). (ג) כל בקשת מקלט צריכה להיבדק בדיקה יסודית על ידי רשויות המדינה המתאימות. (ד) אם נדחתה הבקשה חייבת לעמוד לפונה הזכות לערער לבית המשפט או לישות עצמאית, מעין שיפוטית, כדי לבחון בקפידה את הסיבה המהותית לדחיית בקשת המקלט. זכות זו עומדת ללא קשר לנסיבות הדחייה – כלומר גם במקרים שבהם הדחייה מבוססת על גרסה כלשהי של עקרון המדינה ה"בטוחה" ובמקרים אחרים. (ה) הליך הערעור חייב להשהות את העברתו של הפונה. ללא בדיקה מהותית של בקשות המקלט וללא זכות הערעור, המשמעות היא שהמדינה הרלוונטית מנצלת לרעה את כוחה הכופה.

ג. "החזרה חמה": המדיניות וההליכים

עד כה עסקנו בעקרונות המוסריים והמשפטיים המנחים את הדיון בדבר הדחייה או האי-דחייה בגבול. כעת נבחן את ההקשר הישראלי, תוך התמקדות במדיניות

April 2007, para. 58; *Sultani v. France*, Appl. No. 45223/05, ECtHR 20

September 2007, para. 50; וכן N.A. ג' בריטניה (לעיל הערה 96), פסקה 90.

98. *Alzery v. Sweden*, 1416/2005, UN Human Rights Committee (HRC), 10 November 2006, para. 11.8.

99. ראו ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 413-414 והמקורות המצוטטים שם.

100. ראו אלזרי ג' שבדיה (לעיל הערה 98), פסקה 11.8 וכן ווטס (לעיל הערה 36), עמ' 413-414 והמקורות המצוטטים שם.

"ההחזרה החמה", אשר נבחנה כאמור בבג"ץ.¹⁰¹

נוהל ההחזרה החמה הוכנס לשימוש בשנת 2007, בעקבות הסכם בעל פה בין ראש ממשלת ישראל דאז, אהוד אולמרט, ונשיא מצרים דאז, חוסני מובארק.¹⁰² הנוהל הוכנס לשימוש כאמצעי הרתעה בעקבות מספרם ההולך וגדל של מבקשי המקלט הנכנסים לישראל דרך הגבול עם מצרים וכאמצעי לשליטה ריכונית של ישראל בגבולה הדרומי.¹⁰³ ביסודו של דבר מצרים התבקשה להשקיע מאמצים נוספים במניעת הסתננות לישראל דרך גבולה, ואילו צה"ל הורשה "להחזיר" מבקשי מקלט בתוך 24 שעות מרגע שנתפסו ובטווח של 50 ק"מ מהגבול עם מצרים. בהמשך הורחבה ההחזרה של מסתננים למסגרת "פרק זמן סביר" מאז לכידתם באזור הגבול.¹⁰⁴

בתחילה, בזמן שהוגשה העתירה, היה יישומו של נוהל ההחזרה החמה בעייתי למדי. טרם החזרתם של מבקשי המקלט הם נרשמו בגבול על ידי חיילים שלא הוכשרו לכך ותושאלו על ידם בקצרה. משלא שוכנעו החיילים שהחזרתם למצרים תסכן את חייהם הם ביצעו את ההחזרה,¹⁰⁵ וזאת ללא הוצאת צווי גירוש. דבר זה

101. ראו בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים (לעיל הערה 8).

102. Arab Republic of Egypt, Ministry of Foreign Affairs, "Egyptian efforts to combat trespassing across the international borders with Israel," August 11, 2007, www.mat.co.il/4pK (אוחזר ב-26.2.14). יצוין כי הגורמים הרשמיים במצרים התנערו מן ההסכם בשלב כלשהו, אם כי ממילא כהסכם שנעשה בעל פה הוא אינו בר תוקף, שכן גם אולמרט וגם מובארק אינם מכהנים עוד בתפקידם.

103. ראו לדוגמה "תגובה משלימה לעתירה מטעם המדינה, 23 בספטמבר, 2007", בעיקר פסקאות 19-20, וכן 26-27 (עותק מצוי בידי המחברים).

104. "נוהל הטיפול במסתננים לשטח ישראל מגבולות מצרים", הוראת קבע מבצעית 1/3.000, מרץ 2009 (להלן "נוהל מתוקן") (עותק מצוי בידי המחברים).

105. דיון מקיף על היחס כלפי מבקשי מקלט במצרים חורג מגדרי מאמר זה, אך יש לציין שיש טעמים לסבור שמבחינת רבים מהם מצרים אינה מדינת מקלט בטוחה, אף על פי שהיא חתומה על אמנת הפליטים (כשם שהיא חתומה על אמנות זכויות אדם אחרות, אך יש לה היסטוריה של הפרות שיטתיות של זכויות אדם). מכמה דיווחים עולה כי מצרים משתמשת בעינויים ובמעצרים ממושכים בתנאים אכזריים ובלתי אנושיים כלפי פליטים ומבקשי מקלט. ראו לדוגמה: Richard Grindell, *A Study of Refugees' Experiences of Detention in Egypt*, June 30, 2006, <http://idcoalition.org/egypt-report-detention-conditions> (אוחזר ב-26.2.14). נוסף על כך, בכמה הזדמנויות החזירה מצרים בכפייה מבקשי מקלט למדינות מוצאם. ראו לדוגמה Human Rights Watch, "Egypt: Stop Deporting Eritrean Asylum Seekers," January 8, 2009, <http://tinyurl.com/nsrgvql> (אוחזר ב-26.2.14). תועדו גם הפליות, מעשי אלימות ועונשים מינהליים שרירותיים. ראו את העתירה המקורית, בג"ץ 7302/07 (לעיל הערה 8), פסקה 169. מקרים קודמים שבהם

שיקף את העמדה המשפטית של ישראל, לפיה אף שמבקשי המקלט היו נוכחים פיזית בשטח ישראל, החזרתם לא הייתה בבחינת גירוש אלא פעולה של דחייה בגבול.

בעת שהעתירה הייתה תלויה בפני בית המשפט העליון נכנס לשימוש נוהל מפורט יותר שכותרתו "נוהל החזרה מתואמת מידית",¹⁰⁶ שבהמשך תוקן ושופר.¹⁰⁷ נתאר כעת את ההליך בפירוט, לאחר מכן נבחן אותו לאור הנורמות של המשפט הבין-לאומי ולבסוף נציע מספר שיפורים.

לפי הליך זה, כאשר נתפסת בגבול קבוצה של אנשים יש להפריד ביניהם לצורכי תשואל, כדי שלא תתאפשר ביניהם תקשורת.¹⁰⁸ לאחר מכן יש לערוך עליהם חיפוש לגילוי כלי נשק ומסמכים מזהים.¹⁰⁹ כניסתם לישראל תתועד בצילום ובכתב.¹¹⁰ כל אחד ואחד מהם יתושאל בנפרד¹¹¹ תוך שימוש בטופס תשואל¹¹² על ידי אדם שהוכשר לכך,¹¹³ שיש לו שליטה בסיסית בשפתו של האדם שמתושאל

הוחזרו מבקשי מקלט למצרים הסתיימו באופן טרגי. בבדיקות שערכו בתי משפט וועדות של האו"ם נמצא כי במקרים הללו הפרה מצרים את האיסור על עינויים. ראו לדוגמה אלזי נ' שבדיה (לעיל הערה 98); *Mohammad Zeki Mahjoub v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-98-06, 2006 FC 1503 (Canada); *Hani El Sayed Sabaei Youssef v. Home Office*, Case No. HQ03X03052, 2004 EWHC 1884 (QB) (The United Kingdom). לבסוף יש לציין כי בכמה הזדמנויות ירתה מצרים במבקשי מקלט שניסו לחצות את הגבול לישראל. ראו לדוגמה "Egypt - Deadly Journeys through the Desert," August 20, 2008, <http://tinyurl.com/nec62mt> (אוחזר ב־26.2.14). יצוין כי נוכח השינויים במשטר במצרים בזמן האחרון קשה ומקדם להעריך אם גברה ההקפדה על זכויות אדם במדינה.

106. הוראת קבע מבצעית 3,000/1, אוקטובר 2007 (להלן "נוהל החזרה מידית") (עותק מצוי בידי המחברים).

107. נוהל מתוקן (לעיל הערה 104).

108. ילדים לא יופרדו מהוריהם או מהמבוגר שהביא אותם לישראל. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 1.א.1; נוהל מתוקן, סעיף 1.א.8.

109. במידת האפשר, החיפוש על נשים ייערך בידי חיילות או שוטרות. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 2.א.1; נוהל מתוקן, סעיף 2.א.8.

110. במידת האפשר, יש לצלם בגבול כל אדם שנכנס לישראל. נוסף על כך יש לצלם גם את אזור החדירה, וכן את חפציהם האישיים של האנשים. יש להכין רשימה המתעדת את המסמכים של כל אדם ואדם. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 2; נוהל מתוקן, סעיף 11.

111. במידת האפשר, קטינים יתושאלו באופן אישי. אם הדבר אינו מתאפשר, יתושאל בעניינם המבוגר שבלווייתו נכנסו לישראל. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 4.ג; נוהל מתוקן, סעיף 7.ג.

112. נספח ג לנוהל החזרה מידית, "דו"ח תיעוד תפיסת מסתנן/טופס תשואל אישי" (עותק מצוי בידי המחברים); נספח ג לנוהל המתוקן, "דו"ח תיעוד תפיסת מסתנן" (להלן "טופס התשואל") (עותק מצוי בידי המחברים).

113. נוהל החזרה מידית לא מסביר את טיב ההכשרה, אך בנוהל המתוקן מצוין כי יש

(אנגלית או ערבית), או בסיועו של מתרגם.¹¹⁴ על פי רוב ייערך התשאול באזור הגבול, במקום שהפליטים נתפסו, אלא אם כן אין הדבר מתאפשר.¹¹⁵ לפי טופס התשאול, כל האנשים נדרשים לספק את הפרטים האלה: שם מלא, גיל, מגדר, מדינת מוצא, מדינת מגורים, מוצא אתני, דת והשפות שהם דוברים. טופס התשאול מנחה את המראיין לבדוק את המסמכים של כל אדם שהוא מתשאול, לרבות דרכון, תעודת פליט או תעודת הגנה ומכתבים של נציבות האו"ם לפליטים, וכן לערוך רשימה של חפציו האישיים. המראיין אמור גם לתעד את שמות המדינות שבהן עבר הפליט בדרכו לישראל,¹¹⁶ ולברר אם הגיע עם בני משפחה.¹¹⁷ הפליט מורשה להצהיר באוזני המראיין כל דבר ואילו המראיין, על בסיס המידע שסיפק לו הפליט, אמור להעריך את הסיבות שהניעו אותו לבוא לישראל ולציין בטופס. הקטגוריות האפשריות הן פגיעה בביטחון ומטרות טרור, עבריינות, הגירה לצורך עבודה, וכן הקטגוריה "אחר". מקלט אינו מופיע בטופס כסיבה, ויש להניח שהוא מסווג בקטגוריה "אחר". המראיין יכול להוסיף בטופס מסקנות והערות. לאחר התשאול יש להעביר את כל האנשים למתקן צבאי באזור,¹¹⁸ שם יינתנו להם אוכל, שתייה, מחסה וטיפול רפואי בסיסי.¹¹⁹ בתוך שלוש שעות מרגע התפיסה

- לקיים מפגשי הכשרה כל ארבעה חודשים וכי המפגשים צריכים לכלול הסברים על סמכות החיילים ועל נוהל החזרה חמה, מידע רקע על ההסתגלות לישראל, עצות בנושאי תשאול ואופן הטיפול בפליטים שנתפסו. רק חיילים שעברו הכשרה על בסיס שנתי מוסמכים לבצע את התשאול. על קצינים שהוסמכו לבצע פקודות העברה לעבור הכשרה דומה אך נפרדת. ראו סעיף 14.
114. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 1.ב.1, 4.ב.1, 4.ב.4; נוהל מתקן, סעיף 7.ב. הנוהל אינו מבהיר את אופן הטיפול באנשים שאין להם שליטה מספקת באנגלית או בערבית, אלה הדוברים שפות שלחיילים יהיה קשה למצוא עבורן מתרגמים. זאת חרף העובדה שרבים מאלה שנתפסים בגבול הם אריתריאים דוברי טיגרינית, אתיופים דוברי אמהרית, או אזרחי חוף השנהב וקונגו הדוברים צרפתית.
115. אם לא מתאפשר לקיים שם את התשאול יש לקיימו בבסיסים צבאיים שהוקצו לשם כך. ראו נוהל מתקן, סעיף 7.א.
116. טרם תוקן הנוהל כלל התשאול שאלות בדבר משך שהייתו של הפליט בכל מדינה ומעשיו בכל מדינה; כן נשאל הפליט היכן שהה במצרים. נספח ג לנוהל ההחזרה המידית, "דו"ח תיעוד תפיסת מסתנן/טופס תשאול אישי".
117. טרם תיקן הנוהל כלל התשאול שאלות לגבי בני משפחתו של הפליט במדינת מוצאו או במצרים. נספח ג לנוהל החזרה מידית, "דו"ח תיעוד תפיסת מסתנן/טופס תשאול אישי".
118. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 3.א.1; נוהל מתקן, סעיף 7.א.
119. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 4.א.1. לפי הנוהל המתקן יש לספק אוכל, מים, מחסה וטיפול רפואי בסיסי מיד עם תפיסתו של האדם. ראו סעיף 3.א.8. עוד מורה הנוהל המתקן כי תנאי המעצר צריכים להיות נאותים. לדוגמה, לאנשים שנתפסים צריכה להיות גישה למספר הולם של בתי שימוש; אם הם מוחזקים יותר מ-24 שעות יש לספק להם מיטות או שקי שינה; יש להפריד בין נשים לגברים, והקטינים צריכים

יש לדווח על המקרה¹²⁰ ולהוציא צו העברה.¹²¹ המידע שנאסף במהלך התשאול יועבר ל"גוף מוסמך", שיבדוק את הנתונים ויחליט אם ניתן להחזיר למצרים חלק מהאנשים או את כולם,¹²² או שיש להעבירם לרשויות ההגירה האזרחיות.¹²³ ההחלטה בנדון מתקבלת על בסיס מידת ההצלחה של האדם לשכנע את הגוף המוסמך כי במצרים נשקפת לו סכנה ממשית.¹²⁴ אם הגוף המוסמך מאמין כי נשקפת סכנה כזאת, עליו להתייעץ עם היועץ המשפטי של פיקוד הדרום בנוגע לאפשרות החוקית של החזרת האדם למצרים. אם האדם מבקש מקלט בגין נסיבות המוגדרות בנוהל, כגון סכנה לחייו או משום שבמצרים או במדינת מוצאו הוא צפוי

להיות מוחזקים עם המבוגר המלווה אותם; אין לכפות ידיים אלא אם כן הדבר הכרחי מטעמים ביטחוניים; ויש לאשפז את האדם שנתפס במידת הצורך. ראו סעיפים 9 ו-10 לנוהל החזרה המידית.

120. הדוח כולל מידע מזהה בסיסי על האנשים שנתפסו, מספר האנשים שנתפסו, תיאור האירוע, רשימה של כלי נשק, חפצים ומסמכים שנמצאו על האנשים שנתפסו, מידע מודיעיני רלוונטי, מקום החזקתם הנוכחי ויעדם. הדוח צריך להיות בכתב ולכלול גם תיעוד של תפיסת האנשים. המידע נשמר במאגר נתונים מיוחד. להוראות דיווח נוספות ראו נוהל החזרה מידית, סעיפים 6.ב.1, 3 וכן ג.8. כמו כן ראו נוהל מתוקן, סעיפים 1.7, 5.ב.8, 6.ב.8, וכן סעיף 12.

121. אם נתפסת קבוצה גדולה, ניתן להוציא את הצו בתוך שש שעות. לפי נוהל החזרה מידית יש להוציא צו העברה קבוע לאחר 24 שעות. ראו סעיפים 8.ב.1, 7 ו-8.א. לפי הנוהל המתוקן יש להוציא "צו העברה ראשוני", התקף ל-24 שעות, שיהווה את הבסיס החוקי להחזקתו של האדם שנתפס במעצר, ולאחר מכן יש להוציא "צו העברה זמני", התקף לעשרה ימים. בהמשך ניתן להוציא צו העברה קבוע, שתוקפו לא יפוג. ראו נוהל מתוקן, סעיפים 3.7-3.10, 5, וכן ג.8.

122. לפי הנוהל המתוקן אין להחזיר אדם למצרים אם מדינת מוצאו מופיעה ברשימת המדינות שאליהן ניתן לגרש אדם באופן ישיר. לא ברור אילו מדינות מופיעות ברשימה זו וכן לא ברורה משמעותו של המונח "מדינת מוצא" המופיע בנוהל (האם הכוונה למדינה שבה נולד מבקש המקלט? למדינת אזרחותו? למדינה האחרונה שהתגורר בה? למדינה שממנה בא לישראל? ואולי למשהו אחר?) ראו נוהל מתוקן, נספח א, "נוהל החזרה מתואמת", סעיף 1.2.

123. נוהל החזרה מידית לא מבהיר מי הוא אותו "גוף מוסמך". ראו נוהל החזרה מידית, סעיפים 4.ד ו-6. הנוהל המתוקן מבהיר כי הגוף המוסמך כולל את מפקד החטיבה המרחבית, קצין אג"ם פיקוד דרום או קצין המבצעים של פיקוד דרום. ראו נוהל מתוקן, סעיף 3.ג. לנוהל העברת אדם לרשויות ההגירה האזרחיות ראו נוהל מתוקן, סעיף 13.

124. הנוהל המתוקן, נספח א, "נוהל החזרה מתואמת", סעיף 2. לפי נוהל החזרה מידית, החלטתו של הגוף המוסמך תלויה בשאלה עד כמה הוא מאמין לטענה כי במצרים חייו של האדם או חירותו מצויים בסכנה. נוהל החזרה מידית מבהיר כי האפשרות שהאדם יועמד לדין במצרים בגין עבירה פלילית או בגין הסתננות לישראל אינם נחשבים, כשלעצמם, סיבה שלא להחזירו למצרים. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 1.א.5. לפי טופס התשאול, על הגוף המוסמך גם לנמק בקצרה את החלטתו.

לעמוד לדין, אזי אופן המשך הטיפול ייבדק על ידי משרד החוץ.¹²⁵ כדי שהגוף המוסמך יוכל לקבל החלטה בדבר החזרה למצרים או העברה לרשויות האזרחיות עליו להביא בחשבון את המידע האישי על אודות האדם ואת נסיבותיו האישיות, נסיבות הסתגנותו לישראל, מעמדו במצרים ואת האפשרות של תיאום עם הרשויות המצריות.¹²⁶ אם בסופו של דבר אכן מתבצעת החזרה מידית, יש לדווח על כך לכל היחידות הרלוונטיות.¹²⁷

מדובר אפוא בנוהל עמום למדי, שאינו מביא בחשבון כמה וכמה גורמים שיש להעריכם ולהתחשב בהם במהלך הראיונות, לרבות הצורך להסביר למרואיין את מטרת הראיון והעובדה שיתכן כי הראיון הוא ההזדמנות היחידה שלו לטעון נגד החזרתו למצרים; מצבו הפיזיולוגי והפסיכולוגי של המרואיין; הפערים התרבותיים בין המרואיין למרואיין; מכשול השפה הנובע מכך שחלק מהחיללים דוברים אנגלית בסיסית בלבד ומעט ערבית, ומכך שלעתים קשה למצוא מתרגם למרואיינים הדוברים שפות מסוימות; והצורך במומחים לדיני פליטים ובמיומנויות תשאול וריאיון.¹²⁸ אין לדעת אם הנוהל מתבצע בהתאם למשפט הבין-לאומי, שכן צה"ל מיישם אותו באופן בלתי שקוף ובלא כל ביקורת שיפוטית, בלא פיקוח של נציבות האו"ם לפליטים ובלא מעקב של שום גוף אזרחי. לנוכח הדברים האלה עורר נוהל זה ביקורת קשה מאוד מצד גורמים שונים ובהם משרד נציבות האו"ם לפליטים,¹²⁹

125. ראו נוהל מתוקן, סעיף 1.7.

126. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 2.5; נוהל מתוקן, נספח א, "נוהל החזרה מתואמת", סעיף 2.5.

127. ראו נוהל החזרה מידית, סעיף 2.8.

128. ב"הודעת ערכון מטעם המדינה" מיום 27 במאי 2008, פסקה 6 (עותק מצוי בידי המחברים), הודיעה המדינה לבית המשפט כי תוכנית ההכשרה נמצאת בשלבי תכנון וכי היא עתידה לכלול ארבעה נושאים: הנורמות הבין-לאומיות והמדינתיות הרלוונטיות; סמכות החיללים; הנוהל (לרבות אופן יישומו במקרה של אנשים השרויים במצב פגיע); והמצב הפוליטי, החברתי והכלכלי באפריקה, תוך דגש מיוחד על מדינות המוצא של מבקשי המקלט. לפי דוחות של המדינה אכן נערכו כמה מפגשי הכשרה כאלה בספטמבר ונובמבר 2008, ורק חיללים שהוכשרו לכך הורשו לתשאל מבקשי מקלט. ראו "הודעה משלימה מטעם המשיבים" מיום 18 בנובמבר 2008, פסקאות 12-19. כפי שצוין לעיל, סעיף 14 בנוהל המתוקן מפרט את היבט ההכשרה והאימון של החיללים.

129. מכתב מאת ויליאם טול, נציג נציבות האו"ם לפליטים, לגב' סימונה הלפרין, משרד החוץ, "UNHCR Comments on the Respondents Response to the (Third) Additional Application for an Order Nisi and Interim Injunction (This version to replace the previous comments dated 24 November 2009) מיום 26 בנובמבר 2009 (עותק מצוי בידי המחברים)."

חוקרים העוסקים בדיני פליטים¹³⁰ וארגוני זכויות אדם.¹³¹ בכמה הזדמנויות לאחר ההחלטה על ביצוע הנוהל החזירה ישראל מבקשי מקלט למצרים, אך בחלק מההחזרות לא בוצע תשאול מקדים כנדרש על פי הנוהל.¹³² נראה כי מספר המוחזרים קטן למדי בהשוואה לכלל האנשים המבקשים להיכנס לישראל.¹³³ כפי שאישרה ישראל עצמה, מצב זה הוא בעיקרו תוצאה של שיתוף

130. מסמך בקשת הצטרפות כידיד בית משפט מאת אנדרו י' שונהולץ בעניין בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים, הוגש ביום 13 בינואר 2009 (עותק מצוי בידי המחברים).

131. ראו לדוגמה מכתב מעו"ד ענת בן דור לפרקליט המדינה, "עיצוב 'נוהל גבולות' לזיהוי מבקשי מקלט מסגרת בג"ץ 7302/07", מיום 31 באוקטובר 2007 (עותק מצוי בידי המחברים).

132. לפי מידע שהתקבל לאחרונה מתברר כי הנוהל לא יושם וכי טרם ביצע ההחזרה נלקח מהאנשים מידע בסיסי בלבד, כגון שם ומדינת מוצא. ראו בג"ץ 7302/07, בקשת העותרים להגיש מסמכים ומקורות משפטיים, הוגש לבית המשפט ביום 28 במרץ 2011 (עותק מצוי בידי המחברים).

133. המידע על החזרות שהתרחשו לאחר אוגוסט 2007 הוא חלקי, לקוי ומלא סתירות. בתאריך לא ידוע הוחזרו למצרים גם שני אזרחים מצרים. ראו "הודעת עדכון מטעם המדינה" מיום 27 במאי 2008, פסקה 7 (עותק מצוי בידי המחברים). לפי אחד מארגוני הסיוע לפליטים במצרים (AMERA), לפחות 27 אריתריאים הוחזרו למצרים ביולי 2008, אך המדינה מעולם לא אישרה את הדוח בנדון. ראו מכתבה של עו"ד ענת בן דור לפרקליט המדינה, "דרישה להתערבות מידית למניעת גירושם של מבקשי מקלט מאריתריאה שגורשו על-ידי ישראל למצרים בחזרה לארצם ולחדול מביצוען של החזרות נוספות למצרים", מיום 17 בפברואר 2009 (עותק מצוי בידי המחברים). בין 23 ל-29 באוגוסט 2008 הוחזרו 91 אנשים בארבע החזרות נוספות. ראו תצהירו של תת-אלוף יואל סטריק, שהוגש לבית המשפט ב-1 בספטמבר 2008 (עותק מצוי בידי המחברים). לפי התצהיר, החזרתם של אנשים אלה לא התבצעה בהתאם לנהלים והייתה שגויה. לפי דיווחים שהתקבלו מחיילי מילואים ששירתו בגבול, ביוני 2009 הוחזרו למצרים כמה קבוצות של מבקשי מקלט. מדיווחים אלו עולה שחלק ממבקשי המקלט שהוחזרו נכנסו לישראל ימים אחדים קודם לכן, אך הם לא תושאלו ולא נרשמו. באחד המקרים התבקשו החיילים לדחות מבקשי מקלט אל מעבר לגבול עם מצרים, כלומר לפעול כאילו מבקשי המקלט רק ניסו להיכנס לישראל, ואז לסמן למצרים כי הם מנעו חדירה. ראו תצהירו של אבי אברהמי, שהוגש לבית המשפט ב-2 ביולי 2009 (עותק מצוי בידי המחברים). בהמשך הצהירה המדינה כי מתוך מאות האנשים שחודרים לישראל דרך הגבול מוחזרים עשרות בודדות בלבד, וזאת לאחר שהדבר תואם עם המצרים ולאחר שהתבצע תשאול. ראו "תגובה מטעם המשיבים בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 4.8.09", 6 באוגוסט 2009, פסקה 8 (עותק מצוי בידי המחברים). בדיון בבית המשפט הצהירה המדינה כי 217 אנשים הוחזרו למצרים. ראו בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים, פרוטוקול הדיון מיום 13 בינואר 2009. לבסוף, בתגובה לשאלתה בכנסת הצהיר סגן שר הביטחון מתן וילנאי כי 48 אנשים הוחזרו בשנת 2007, 256 ב-2008, 261 ב-2009 וכי בשנת 2010 הוחזרו 136 אנשים. ראו תשובתו של סגן

פעולה עם המצרים באחד מחלקיו של הגבול – שיתוף פעולה שלא התקיים בחלקיו האחרים, ולכן היה בלתי אפשרי להחזיר אנשים שנכנסו לישראל דרך החלקים הללו.¹³⁴ לאחרונה הצהירה המדינה בבית המשפט כי בימים אלו לא מתבצעות החזרות, משום שבעקבות חוסר היציבות במצרים לא מתבצע תיאום עם הצבא המצרי.¹³⁵

ארגוני זכויות אדם בישראל אספו מידע על קורותיהם של כמה אנשים שלאחר שישאל החזרה אותם למצרים הצליחו להגיע שוב לישראל.¹³⁶ חלקם ציינו כי הם לא הועברו למצרים באופן מתואם, אלא פשוט נדחפו חזרה אל מעבר לגדר הגבול.¹³⁷ אחרים דיווחו כי עם החזרתם הם הוכו, עונו והותקפו מינית על ידי חיילים מצרים.¹³⁸ מדיווחים אחרים עולה כי מבקשי מקלט שנעצרו במצרים סבלו מתנאים קשים מאוד בבתי הכלא.¹³⁹ דיווחים מדאיגים עוד יותר מצביעים על כך שבחצי האי סיני, ליד הגבול בין ישראל למצרים, סוחר אדם חוטפים מבקשי מקלט באופן שיטתי בניסיון לסחוט מהם וממשפחותיהם כסף ורכוש.¹⁴⁰

רק בחודש יולי 2011, אחרי ארבע שנים של ישיבה על המדוכה, נתן בג"ץ פסק דין בעתירה התוקפת את מדיניות ההחזרה החמה. בית המשפט נשען על הצהרת המדינה ולפיה בעת הזו לא מבוצעות החזרות חמות, בשל אי-היציבות הפוליטית במצרים לאחר התפטרותו של הנשיא מובארכ. דבר זה הפך את העתירה לעתירה תיאורטית, טען בית המשפט, ולפיכך דחה את העתירה. בפסק דינו העיר בית המשפט כי ההבנות המעורפלות בין ישראל למצרים שעליהן נשענת מדיניות ההחזרה החמה מעוררות קשיים משפטיים. כמו כן הוא ציין כי המצב בחצי האי סיני והסכנות הנשקפות למהגרים דרכו ולמדינת ישראל מעוררים דאגה, וכי הוא סבור שהתוכנית להקמת גדר בגבול ישראל-מצרים עשויה לשפר את המצב, לפחות באופן חלקי. לבסוף, בפסק דינו הניח בית המשפט כי אם תיושם מדיניות ההחזרה החמה בעתיד הדבר ייעשה בהתאם לסטנדרטים הבין-לאומיים המקובלים ולאחר שיסופקו ערובות להבטחת שלומם של המוחזרים.¹⁴¹

שר הביטחון ל"שאלתה ישירה מס' 823 בנושא נוהל החזרה מתואמת מידית של מסתננים שחצו את הגבול" מיום 31 באוקטובר 2010 (עותק מצוי בידי המחברים).
134. ראו "תגובה מטעם המשיבים בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 4.8.09", 6 באוגוסט 2009, פסקה 7 (עותק מצוי בידי המחברים).

135. דיון בעל פה בבג"ץ 7302/07, 30 במרץ 2011 (הפרוטוקול מצוי בידי המחברים).
136. בג"ץ 7302/07, בקשת העותרים להגיש מסמכים ומקורות משפטיים (לעיל הערה 132), פסקאות 12-21.

137. שם, פסקאות 12, 15 ו-17.

138. שם, פסקאות 13 ו-18.

139. שם, פסקאות 19-21.

140. שם, פסקאות 22-24 ו-27.

141. בג"ץ 7302/07, מוקד סיוע לעובדים זרים ואחרים נ' שר הביטחון ואחרים (פסק דין מיום 7 ביולי 2011).

למרות התחייבות המדינה כי לא יתבצעו עוד החזרות חמות, שבועות מעטים בלבד לאחר שנתן בית המשפט את פסק דינו החלו ארגוני זכויות האדם העוסקים בתחום לקבל דיווחים על כך שהן אמנם מתבצעות. בנושא מתנהלת נכון לזמן כתיבת שורות אלו חקירת מצ"ח.¹⁴² נוסף על כך, בכמה מקרים דווח בתקשורת כי נמנעה כניסתם של מבקשי מקלט אריתריאים שנלכדו במכשול הגבול בין ישראל לבין מצרים, בין שתי גדרות תיל, בשטח השייך לישראל, כשלא מצרים ולא ישראל אינן מאפשרות להם לעבור לשטחן. באחד הדיווחים אף נמסר כי בהוראת מפקדי הצבא הוגבלה כמות המים שניתנה למבקשי המקלט שהמתינו לכודים בין הגדרות ימים בשמש הקופחת של מדבר סיני, ומזון כלל לא ניתן להם (כתוצאה מכך מבקשת מקלט שהייתה בהיריון מתקדם הפילה את עובריה בשטח).¹⁴³ בדיון שנערך בבית המשפט בעתירה שתקפה את מדיניות השארתם של מבקשי מקלט בשטח בתנאים קשים ימים ארוכים טענה באת כוח המדינה כי ישראל אינה רואה לעצמה חובה לבדוק אם בפיהם של אותם אנשים בקשת מקלט, מתוך שהיו יכולים לבקש מקלט במצרים.¹⁴⁴ מעט מאוד ידוע על המדיניות שנקטה במקרים אלו, אך נראה כי חלק ממבקשי המקלט שנלכדו במכשול בגבול הוכנסו בסופו של דבר לישראל, ואילו אחרים הוחזרו למצרים.¹⁴⁵ לבסוף, התקבלו דיווחים על מבצעים שעורכת ישראל בשטח מצרים כדי ללכוד מבקשי מקלט עוד בטרם יגיעו לגבול. מקרים אלו, גם אם שיטת הפעולה בהם שונה מזו של נוהל ההחזרה החמה, הרי מכל בחינה משפטית ומוסרית יש כאן חזרה לנוהל ההחזרות החמות של מבקשי מקלט סמוך לכניסתם לישראל. הנה כי כן, נראה כי למרות הודעת המדינה וקביעתו של בג"ץ, ההחזרות החמות עודן עניין שאיננו תיאורטי בלבד.

בית המשפט סירב לבחון את מדיניות ההחזרה החמה לגופה, ואף לא סיפק בפסק דינו קווים מנחים שמהם ברור כיצד ניתן להפעילה מחדש. לפיכך ניסינו אנו לבחון את נוהל ההחזרה החמה לאור השיקולים המוסריים שצוינו לעיל, ומצאנו שהנוהל

142. ראו מכתבו של אדורם ריעלר מלשכת הפצ"ר, "תלונתך לגבי ביצוע 'החזרות חמות למצרים'" מיום 24 באוגוסט 2011 (עותק מצוי בידי המחברים). חרף הזמן הרב שחלף לא התקבל כל עדכון על סיומה של החקירה או על מסקנותיה.

143. ראו למשל גילי כהן, "ישי": לא נכנס לישראל את האריתריאים שנכלאו סמוך לגבול עם מצרים", *הארץ*, 5.9.2012, <http://tinyurl.com/nheszsc>, (אוחזר ב־26.2.14). בכתבה אומר שר הפנים אלי ישי כי מקרים כאלה מתרחשים יום יום.

144. בג"ץ 6582/12, עמותת "אנו פליטים" נ' מדינת ישראל - שר הביטחון (פרוטוקול הדיון שהתקיים ביום 6 בספטמבר 2012).

145. מן הדיווחים בתקשורת עולה כי לפחות במקרה של קבוצת מבקשי מקלט שנלכדה בגדר הגבול בראשית חודש ספטמבר 2012, הותנתה הכנסתם של נשים וילד לתוך ישראל בעזיבתם של הגברים לתוך מצרים, בתיאום עם המשטרה המצרית. ראו גילי כהן, יניר יגנה, טלילה נשר, יהונתן ליס, "האריתריאים עזבו את גדר הגבול; שתי הנשים והנער נכנסו לישראל", *הארץ*, 6.9.2012, <http://tinyurl.com/q7nhljr>, (אוחזר ב־26.2.14).

כלל אינו מתיישב עמם. ראשית, ברור שדחייה בגבול שוללת ממבקשי מקלט רבים את זכותם לבקש מקלט. לפי הנוהל, אזרחים מצרים שנכנסים לישראל מנועים מלבקש בה מקלט, אם כי ממילא הם מהווים מיעוט קטן מסך כל מבקשי המקלט הנכנסים לישראל. אשר לשאר האנשים החוצים את הגבול לישראל דרך מצרים – כיוון שרוב הסיכויים שלא יוכלו לבקש מקלט במצרים, הדחייה בגבול סותמת את הגולל על הסיכוי שלהם לממש את זכותם לבקש מקלט.

שנית, המדיניות הנהוגה בגבול היא בבחינת שימוש בכוח כלפי אנשים חסרי ישע: אנו טוענים שהם חסרי ישע הן משום שהם עשויים לעמוד לדין במדינות מוצאם והן משום החוויות הקשות שעברו, או שסביר שיעברו, במצרים; ולדעתנו מדובר בשימוש בלתי מרוסן בכוח מפני שהנוהל אינו מיושם, וגם אילו היה מיושם מדובר בנוהל בעייתי מיסודו. כפי שצינו לעיל, במקרים שאירעו אחרי פסק הדין, הוחזרו אנשים למצרים ללא כל בדיקה ולא נקבע כל ניהול לבדיקת בקשות בגבול. שלישית, יישומה של החשיבה הקוסמופוליטית בדבר גבולות פתוחים עשוי להוביל לחובה נגזרת להימנע מדחייה בגבול בכלל ובישראל בפרט; ואולם חרף קסמה התיאורטי, נראה כי החשיבה הקוסמופוליטית רחוקה מדי מהתפיסות העכשוויות של המדינה ורעיון הריבונות מכדי להיות משכנעת במידה מספקת.

בבואנו להעריך אם הנוהל בגבול בין ישראל למצרים מתיישב עם ארבע הדרישות שהעלינו בחלק הקודם, המבוססות על המשפט הבין-לאומי, מתברר שהוא בעייתי ביחס לכל הארבע. ראשית, האנשים אינם מקבלים הזדמנות נאותה לבקש מקלט. ברשימת השאלות שיש לשאול פליט שנתפס באזור הגבול אין שאלה מפורשת לגבי מקלט, וללא שאלה כזאת אין ערובה שפליטים המחפשים מקלט יוכלו לנסח את בקשתם למקלט. גם היעדר המתורגמנים יוצר אפשרות ממשית שהחיילים המראיינים לא יבינו שברצוננו של הפליט לבקש מקלט. שנית, הנוהל יוצר סיכון שמבקשי מקלט בפוטנציה יוחזרו למצרים ללא בדיקה יסודית של תביעתם. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים כשהנוהל אינו מיושם כלל וההחזרה מבוצעת לא בהתאם לנוהל. שלישית, אין שום ערובה שההחזרה של מבקשי מקלט בפוטנציה לא תהווה גירוש או החזרה ישירים (מבחינת תנאי מעצרם של המוחזרים במצרים) או עקיפים (מבחינת האפשרות שמצרים תאלץ את המוחזרים לשוב לארצות מוצאם). ביצועה המידי של ההחזרה קשור קשר הדוק לבעיה הרביעית בנוהל, אולי החמורה ביותר – מהות הבדיקה. גם אם זוהתה בקשת מקלט, עדיין ניצבים בפני הפליט שני מכשולים גדולים: (א) הערכתה של בקשת המקלט מתקיימת על בסיס ריאיון, אלא שהמראיין אינו מוכשר דיו לכך, או כלל אינו מוכשר לכך, וסביר שאינו מסוגל לתקשר עם מבקש המקלט בגלל מכשול השפה; (ב) ברוב המקרים ההחלטה על העברה מתקבלת על ידי גורם צבאי, שאינו כשיר לקבל החלטות בנושאי מקלט גם בשל היעדר גישה למידע על מדינת המוצא והיעדר רקע בדיני פליטים במשפט הישראלי או הבין-לאומי, וגם מפני שאין לו די זמן כדי לבדוק כל בקשה למקלט באופן יסודי. משמעות אופייה הלקוי של הבדיקה היא שמבקשי

מקלט עלולים להיות מוחזרים ללא בדיקה נאותה של תביעתם. וחמישית, אין אפשרות ממשית לקבל סעד משפטי נגד החלטה בלתי חוקית. לפיכך אנו טוענים כי ההתנהגות הישראלית בגבול בין ישראל למצרים נוגדת את הנורמות המשפטיות הבין-לאומיות בשני היבטים חשובים – הן מבחינת הנוהל עצמו שקבעה המדינה והן מבחינת אופן ההתנהלות של הדברים בשטח.

מסקנה

כפי שציין בית המשפט העליון בפסק דינו בעתירה התוקפת את נוהל ההחזרה החמה, ישראל מתמודדת, כמו מדינות מערביות רבות, עם זרם פליטים המגיעים אליה ללא מסמכים מזהים, כאשר רבים מהם מבקשים להיכנס אליה בחשאי ולבקש בה מקלט. מדיניות ההחזרה החמה, כפי שהיא מוגדרת כיום, מהווה הפרה שיטתית של נורמות מוסריות ומשפטיות הנהוגות בתחום של מקלט ופליטות, אף שבית המשפט העליון סירב לפסוק פסיקה חד-משמעית בגינה. כפי שצוין קודם לכן, הבעיה המהותית היא שמטעמים רבים ישראל אינה יכולה להימנע מלמלא את חובותיה המוסריות והמשפטיות כלפי מבקשי מקלט ולגלגלן על מצרים. הבעיה הפרוצדורלית היא שנוהל הטיפול בבקשת המקלט בגבול אינו מאפשר זיהוי ובדיקה נאותים של בקשות מקלט.

אשר לגדר, אנו סבורים כי הגדר שהוקמה בגבול ישראל-מצרים לא תפטור את ישראל מאחריותה המוסרית והמשפטית משתי סיבות לפחות: ראשית, אפשר לחדור מבעד לגדרות, וזאת אנו יודעים לא רק מהניסיון הישראלי בגבול בין ישראל למצרים (לרבות מן המקרים האחרונים שבהם נלכדו מבקשי מקלט בין גדרות הגבול) או בגבול עם רצועת עזה, אלא גם מהניסיון האמריקני בגבול שבין ארצות הברית למקסיקו. ושנית, הטענו לעיל לגבי אי-חוקיותו ואי-מוסריותו של נוהל ההחזרה החמה חל גם על פליטים אשר טרם חצו את הגבול, כגון אלה הפונים בבקשת מקלט בגדר הגבול בין ישראל למצרים. נוסף על כך, הניסיון מלמד כי הגדר רק מובילה להתנהלות מסוכנת יותר של הפליטים ומבקשי המקלט, שסופה במחיר דמים גבוה יותר. מכל מקום, כפי שראינו, קיומו של מחסום פיזי בגבול לא זו בלבד שאין בו כדי לפתור את הבעיה אלא הוא מעורר עוד ועוד שאלות מוסריות ומשפטיות.¹⁴⁶

Wayne A. Cornelius, "Death at the Border. Efficacy and Unintended Consequences of US Immigration Control Policy," *Population and Development Review* 27, 4 (2001), pp. 661-685; Joseph Nevins, *Operation Gatekeeper: The Rise of the 'Illegal Alien' and the Remaking of the US-Mexico Boundary*, New York: Routledge, 2002; Thomas Spijkerboer, "The Human Costs of Border Control," *European Journal of Migration and Law* 9 (2007), pp. 147-161